# Der Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden

## nach gemeinem und heutigem bürgerlichen Recht.

---

**Inaugural-Dissertation**

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

der

Juristen-Fakultät der Universität zu Rostock

eingereicht von

**Heinrich Kocks,**
Referendar in Borbeck bei Essen.

---

**Borna-Leipzig**
Buchdruckerei Robert Noske
1904.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit zugeeignet.

# Inhaltsverzeichnis.


Seite

Einleitung:

§ 1. 1. Bedeutung der Begriffe: „Tragung der Gefahr" und „Übergang der Gefahr" . . . . . 1

§ 2. 2. Wesen und Inhalt der „Gattungsschuld" . . . . 3

Hauptteil:

Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach gemeinem und heutigem bürgerlichen Recht.

§ 3. I. Übersicht . . . . . 10

§ 4. II. Entwicklung bis zum Jahre 1841 . . . . . 11

III. Allgemeiner Teil.

a) Regelrechte Abwicklung des Schuldverhältnisses.

§ 5. 1. Lehre des gemeinen Rechts . . . . . 14

§ 6. 2. Gefahrübergang nach B.G.B. . . . . 17

b) Annahmeverzug des Gläubigers.

§ 7. 1. Lehre des gemeinen Rechts . . . . . 20

§ 8. 2. Heutiges bürgerliches Recht . . . . . 23

§ 9. c) Besondere Parteiverabredungen . . . . . 28

§ 10. Anhang: Geldschulden . . . . . 31

IV. Einzelne Gattungsschuldverhältnisse.

1. Gattungskauf.

§ 11. a) Lehre des gemeinen Rechts . . . . . 32

§ 12. b) Heutiges bürgerliches Recht . . . . . 39

§ 13. 2. Schenkungsversprechen . . . . . 40

§ 14. 3. Rerum locatio-conductio irregularis . . . . . 41

§ 15. 4. Werklieferungsvertrag.

Anhang: Operis locatio-conductio irregularis . . 42

§ 16. 5. Vermächtnis einer nur der Gattung nach bestimmten Sache . . . . . 45

§ 17. 6. Die übrigen Gattungsschuldverhältnisse . . . . 46

Rückblick . . . . . 48

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552725_0049

# Literaturverzeichnis.


**Arndts von Arnesberg,** Pandekten. 13. Aufl. 1886.
**Baron,** Pandekten. 8. Aufl. 1893.
**Bechmann,** Kauf nach gemeinem Recht II, 1. 1884.
**Bekker,** in Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Bd. 5 Nr. 17. 1862.
**Berndorff,** Die Gattungsschuld. 1900.
**Beseler,** Deutsches Privatrecht II. 1885.
**Best,** Darlehn und depositum irregulare. Diss. 1896.
**Bolze,** in Archiv für civilistische Praxis. Bd. 57 Nr. 5. 1874.
**Brinz,** Pandekten. 2. Aufl. II. 1879.
**Bucher,** Recht der Forderungen. 2. Aufl. 1830.
**Buchka,** Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des gemeinen Rechts. 3. Aufl. 1900.
**Carpzow,** Opus decisionum, Decisio 131, 1670.
**Cosack,** Bürgerliches Recht. 4. Aufl. 1903.
**Crome,** Bürgerliches Recht. 1902.
**Cuno,** Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach dem B.G.B. 1902.
**Dernburg,** Preußisches Privatrecht. Bd. 2. 1897.
**Dernburg,** Pandekten. Bd. 1 7. Aufl. 1902; Bd. 2 6. Aufl. 1900; Bd. 3 6. Aufl. 1901.
**Dernburg,** Bürgerliches Recht, Schuldverhältnisse. 1899 und 1901.
**Donner,** Der Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach Bürgerlichem Gesetzbuch unter Berücksichtigung des römischen Rechts. Rost. Diss. 1904.
**Ebert,** in Fischer-Henle, Kommentar zum B.G.B. 5. Aufl. 1902.
**Eck,** in Holtzendorffs Rechtslexikon, unter „Gattungskauf". 1881.
**Eck,** Vorträge über das Recht des B.G.B. (von R. Leonhard). 1903.
**Endemann,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.
**Engelmann,** Das bürgerliche Recht Deutschlands. 3. Aufl. 1903.
**Enneccerus-Lehmann,** Bürgerliches Recht. 2. Aufl. 1901.
**Fick,** in Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht. Bd. 8 Nr. 2 und 4, 1859; Bd. 9 S. 371—410, 1860.
**Förster-Eccius,** Preußisches Privatrecht. Bd. 1 und 2. 1896.

**Frank,** Über den uneigentlichen Nießbrauch an körperlichen Sachen. Diss. 1889.

**Gareis,** in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 2. 1882.

**Glück,** Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. 17. 1815.

**Goldmann-Lilienthal,** Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1901.

**Goldschmidt,** Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 1 1858; Bd. 3 1860.

**Goldschmidt,** Handbuch des Handelsrechts. Bd. 2 2. Aufl. §§ 61, 62. 1883.

**Goldschmidt,** System des Handelsrechts. 4. Aufl. 1892.

**Goose,** in Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 9 Nr. 2. 1868.

**Haver,** Die Gattungsschuld. 1900.

**Heilfron,** Das bürgerliche Recht. 2. Teil 2. Abt. 2. Aufl. 1901.

**Hellfeld,** Jurisprudentia forensis. (Jena) 1806.

**Henle,** in Fischer-Henle, Kommentar zum B.G.B. 5. Aufl. 1902.

**Heyer,** in Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. N. F. Bd. 15 S. 1ff. 1858.

**Heyse,** Handelsrecht. 1858.

**Hofmann,** Über Periculum beim Kauf. 1870.

**Jhering,** in Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 4 Nr. 5. 1861.

**Karlowa,** in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 16 Nr. 7. 1889.

**Keller,** Pandekten. 1861.

**Kisch,** Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. 1900.

**Kisch,** in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 28. 1901.

**Kohler,** in Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 17 Nr. 8. 1879.

**Krückmann,** Zur Reform des Kaufrechts. 1896.

**Krückmann,** Institutionen des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1901.

**Kuhlenbeck,** Gattungsschuld, Geldschuld, alternative Schuld, in „Juristische Wochenschrift". 1897.

**Kuhlenbeck,** Zufall und Tragung der Gefahr, in „Juristische Wochenschrift". 1898.

**Kuhlenbeck,** Von den Pandekten zum B.G.B. 1901.

**Loewy,** Die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen. 1888.

**Maas,** Bibliographie zum B.G.B.

**Mackeldey,** Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. 12. Ausgabe von Roßhirt. 1842.

**Matthiaß,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.

**Mommsen,** Beiträge zum Obligationenrecht. 1. Abt.: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. 1853.

Motive zum B.G.B. Bd. 2. S. 10ff.

**Mühlenbruch,** Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Aufl. II. 1838.
**Neumann,** Handausgabe des B.G.B. Bd. 1. 1903.
**Neumann,** Jahrbuch des deutschen Rechts. 1. und 2. Jahrgang. 1904.
**Niemeyer,** Depositum irregulare. 1889.
**Noltenius,** Der „Contractus socidae". Diss. 1897.
**Oertmann,** Der Zufall bei der Werkverdingung. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 24. 1897.
**Oertmann,** Kommentar zu den Schuldverhältnissen des B.G.B. 1899.
**Oster,** Voraussetzungen und Wirkungen der sogenannten Konzentration bei Gattungsschulden. Diss. 1903.
**Planck,** Kommentar zum B.G.B. 1900.
**Puchta,** Pandekten. 9. Aufl. 1863.
**Puntschart,** Fundamentale Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts. 1885.
**Regelsberger,** in Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 49 Nr. 8. 1866.
**Regelsberger,** in Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 13 Nr. 4. 1871.
**Rehbein,** Kommentar zum B.G.B. Schuldverhältnisse. 1903.
Reichsgerichtsentscheidungen Bd. 5 und Bd. 43.
**v. Savigny,** Obligationenrecht. 1851.
**Schliemann,** Die Haftung des Zedenten. 1848.
**Schmidt,** Worin weichen die Regeln des B.G.B. über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag von denen des römischen Rechts ab? Diss. 1902.
**Schmitz,** Beiträge zur Lehre vom Genuskaufe. Diss. 1894.
**Schollmeyer,** Kommentar zu den Schuldverhältnissen des B.G.B. 1900.
**Schweppe,** Römisches Privatrecht. 1831.
**Sell,** in Archiv für civilistische Praxis. Bd. 19 Nr. 12. 1836.
**Seuffert,** Archiv für Entscheidungen. Bd. 2 Nr. 168. 1834.
**Siméon,** Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. 3. Aufl. 1901.
**Sintenis,** Das praktische gemeine Civilrecht. 3. Aufl. 1869.
**Spielberg,** Die Schuldbeschränkung bei der Gattungsschuld. Diss. 1903.
**Stintzing,** in Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 10 Nr. 3. 1871.
**Stintzing,** in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 28. 1901.
**Stobbe-Lehmann,** Deutsches Privatrecht. Bd. 3. 3. Aufl. 1898.
**Struben,** Rechtliche Bedenken. II. Teil. Nr. 65. 1763.
**Szkolny und Caro,** Kommentar zum B.G.B. 1898.
**Thibaut,** System des Pandektenrechts. 8. Aufl. Bd. 2. 1834.
**Thöl,** Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1. Aufl. 1841; 6. Aufl. 1879.
**Thöl,** Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts zu Lübeck. 1857.
**Unger,** in Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 33. Nr. 4. 1894.

**v. Vangerow,** Pandekten. 7. Aufl. Bd. 3. 1869.
**Wächter,** in Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 15. Nr. 6 und 9. 1832.
**Westphal,** Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf-, Pacht-, Miet- und Erbzinskontrakt. 1791.
**Windscheid-Kipp,** Pandekten. 8. Aufl. Bd. 1 und 2 1900, Bd. 3 1901.
**Wirsel,** Der Zufall beim Kauf nach gemeinem und preußischem Recht unter Berücksichtigung des B.G.B. Diss. 1898.

# Einleitung.

§ 1.

## 1. Bedeutung der Begriffe: „Tragung der Gefahr“ und „Übergang der Gefahr“.

Jemand trägt die Gefahr bedeutet, jemand kommt für den Schaden auf, der durch zufällig eintretende Leistungsunmöglichkeit des Schuldners entstanden ist. Dieser Satz ergibt sich aus der Beantwortung der Frage: Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn in einem Schuldverhältnisse der Leistungsgegenstand zufällig zugrunde geht?

Gegenstand eines Schuldverhältnisses muß eine Sache sein, wenn ihr Untergang für die obige Frage von Bedeutung sein soll. Denn geht eine Sache zugrunde, die nur zu einer Person in rechtlicher Beziehung steht, so hat der Eigentümer lediglich einen wirtschaftlichen Schaden erlitten; Rechtsfolgen zieht der Untergang nicht nach sich, er müßte denn schuldhaft herbeigeführt sein. Das ist aber eine Frage für sich und kommt hier nicht in Betracht. Stand aber die Sache zu mehreren Personen in rechtlicher Beziehung, haben mehrere am Bestehen und Fortbestehen der Sache ein rechtliches Interesse, war sie Gegenstand eines Schuldverhältnisses, so treten je nach den Umständen verschiedene Rechtsfolgen ein.

Hat eine der Parteien, das heißt der am Schuldverhältnisse beteiligten Personen, den Untergang der Sache schuldhaft herbeigeführt, oder hat sie sonst die Umstände, die den Untergang verursacht haben, zu vertreten — ob sie nur für Vorsatz und Fahrlässigkeit oder auch für Zufall haftet, ist gleichgültig —, so kommt sie von vornherein für den entstandenen Schaden auf,

sie ist dafür verantwortlich. Demnach erübrigt sich hier die Frage, wer den Schaden tragen soll.

Anders ist es, wenn der Untergang „zufällig“ eingetreten ist, d. h. wenn unvorhersehbare Umstände ihn herbeigeführt haben, sodaß niemand für den Schaden rechtlich verantwortlich gemacht werden kann. Der Schuldner soll leisten; der Gläubiger erwartet mit Bestimmtheit, daß ihm das geliefert wird, was er auf Grund des Schuldverhältnisses verlangen kann. Durch „Zufall“ ist der Leistungsgegenstand zugrunde gegangen, dem Schuldner somit die Leistung unmöglich geworden. Niemand kann zum Ersatz des entstandenen Schadens herangezogen werden. Hier erhebt sich mit Notwendigkeit die Frage: Wer soll für den Schaden aufkommen? Soll der Gläubiger oder der Schuldner den Nachteil davon haben? Oder juristisch ausgedrückt: Wer soll die Gefahr tragen? Cuius periculum est?

So kommen wir zu dem Satze, von dem wir ausgingen: Jemand trägt die Gefahr heißt, jemand kommt für den Schaden auf, der durch zufällig eintretende Leistungsunmöglichkeit des Schuldners entstanden ist.

Wer nun die Gefahr trägt, bestimmt das Gesetz. So schreibt § 275 B.G.B. vor, daß der Schuldner bei zufällig eintretender Leistungsunmöglichkeit von seiner Leistungspflicht befreit, daß also der Gläubiger die Gefahr trägt. Für gegenseitige Verträge bestimmt § 323 B.G.B., daß wenn dem einen Teil durch Zufall die Leistung unmöglich wird, er von der Leistung befreit wird, dabei aber den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, das heißt, wie Engelmann sagt, „daß jeder Kontrahent die Gefahr bis zur Erfüllung trägt“.[1])

Auf Gattungsschulden können diese Vorschriften, wie unten darzulegen ist, keine Anwendung finden. Es müssen daher besondere Bestimmungen Platz greifen. Deshalb bestimmt § 279 B.G.B., daß der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung objektiv möglich ist, auch ohne Verschulden sein Unvermögen zur Leistung zu vertreten hat, mit anderen Worten, daß bei Gattungsschulden der Schuldner die Gefahr trägt.

---

[1]) Engelmann, das bürgerliche Recht Deutschlands 2. Aufl. S. 271.

Also der Schuldner trägt die Gefahr. Er bleibt aus dem Gattungsschuldverhältnis verpflichtet, wenn die Sache, die er zu leisten gedachte, zufällig vor der Leistung untergeht; er muß eine andere Sache liefern. Einmal muß aber seine Verpflichtung, die Gefahr zu tragen, aufhören. Hat er dem Gläubiger eine Sache aus der Gattung, aus der er leisten soll, ordnungsmäßig geliefert und geht hinterher diese Sache zufällig zugrunde, dann liegt kein Grund vor, daß der Schuldner diesen Untergang noch länger vertreten soll; Recht und Billigkeit verlangen vielmehr, daß der Gläubiger den Nachteil davon haben soll, daß er den Schaden auf sich nehmen soll. Der Gläubiger trägt danach die Gefahr der Sache, die vorher der Schuldner zu tragen hatte; diese ist also auf ihn übergegangen. Der „Übergang der Gefahr" hat demnach stattgefunden.

Somit haben wir den Begriff des Gefahrüberganges gewonnen: Der „Übergang der Gefahr" ist gleichbedeutend mit dem Aufhören der Haftung des Schuldners und dem gleichzeitigen Eintritt der Verpflichtung des Gläubigers, für zufälligen Untergang des Leistungsgegenstandes die Gefahr zu tragen. In dem Augenblick, in dem die Verpflichtung des Gläubigers beginnt, die Gefahr einer Sache zu tragen, die vorher der Schuldner zu tragen hatte, in dem Augenblicke geht die Gefahr über. Wann nun bei „Gattungsschulden" der Übergang der Gefahr vor sich geht, dies zu untersuchen ist Aufgabe der vorliegenden Arbeit.

§ 2.

## 2. Wesen und Inhalt der Gattungsschuld.

Was hat man nun unter Gattungsschulden zu verstehen? Weder nach gemeinem Recht noch nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist der Begriff „Gattungsschuld" gesetzlich fest umgrenzt. Es ist demnach der von der Wissenschaft aufgestellte Begriff zugrunde zu legen. Danach spricht man von Gattungsschulden, wenn nur der Gattung nach bestimmte Gegenstände geschuldet werden. Es darf der geschuldete Gegen-

stand nie derart bestimmt sein, daß gesagt werden kann, dieser und kein anderer Gegenstand wird geschuldet, oder von mehreren Gegenständen wird der eine oder der andere geschuldet. In diesem Fall liegt eine alternative, in jenem eine Speziesschuld vor. Nur Gattungsmerkmale dürfen den Schuldgegenstand kennzeichnen, wenn eine Gattungsschuld vorliegen soll. z. B.: Es verpflichtet sich jemand, ein Buch zu liefern, ein juristisches Buch, ein Buch über Obligationen. In jedem dieser Fälle liegt nach allgemeiner Auffassung im gemeinen und heutigen Recht eine Gattungsschuld vor, freilich ist die Gattung, aus der geschuldet wird, verschieden begrenzt. In dem einen Fall soll überhaupt nur ein Buch geliefert werden. Die Gattung „Buch" ist sehr weit, und der Schuldner hat großen Spielraum. Im zweiten Fall ist die Gattung schon begrenzter; ein juristisches Buch ist Gegenstand des Schuldverhältnisses. Aus der unübersehbaren Gattung „Buch" ist eine engere Gattung ausgeschieden. Von den vielen vorhandenen juristischen Büchern, die eine Gattung darstellen, soll eines geleistet werden. Noch enger zieht sich der Kreis im dritten der genannten Fälle. Aber auch hier bedeutet ein „Buch über Obligationen" nur die Gattung, aus der ein beliebiges Buch geliefert werden soll. Nur Gattungsmerkmale machen das zu liefernde Buch kenntlich.

Wie ist es aber, wenn die Gattung, aus der der Schuldgegenstand entnommen werden soll, räumlich begrenzt ist? Liegt auch hier noch eine Gattungsschuld vor? Von jeher ist dies sehr bestritten gewesen. Zwei Fälle sind hier zur besseren Beurteilung zu unterscheiden.

1. Im ersten Falle ist eine speziell unbestimmte Sache aus einer bestimmten Anzahl dieser Sachen Leistungsgegenstand, z. B. ein Buch aus einer bestimmten Bibliothek, aus einem bestimmten Bibliothekszimmer.

2. Im zweiten Falle soll ein speziell unbestimmtes Quantum aus einer bestimmten größeren Menge geleistet werden, z. B. 10 Liter aus diesem Fasse Wein, 10 Scheffel von diesem Haufen Roggen.

Hier ist die Gattung „Buch" auf eine Bibliothek, auf ein Bibliothekszimmer beschränkt; zu der Gattung „Wein" und

„Roggen“ kommen als weitere Kennzeichen das Faß Wein, der Haufen Roggen hinzu. Ob solche Schulden den Vorschriften der Gattungsschulden unterliegen oder nicht, darüber sind die Meinungen von jeher geteilt gewesen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dadurch, daß es über solche Schulden keine Vorschriften gibt, an dem bisherigen Rechtszustande, wonach die Entscheidung der Wissenschaft vorbehalten war, nichts geändert.

Während hier auf der einen Seite Savigny[1]) eine alternative Obligation annimmt, hält andererseits Jhering[2]) sie für eine generelle. Ihm schließen sich Windscheid[3]) und Hofmann[4]) an. Bekker[5]) spricht in einem solchen Falle von einem „gemischt-generischen“ Schuldverhältnis, und Regelsberger[6]) von „begrenztem Genus“. Oertmann[7]) und Rehbein[8]) nehmen geradezu eine Speziesobligation an, während Bechmann[9]) wieder mehr der alternativen den Vorzug gibt, wenn er schreibt:

„Niemand ist imstande, eine feste Grenzlinie zwischen der alternativen und der sogen. beschränkt-generellen Obligation zu ziehen“.

Alle soeben genannten Juristen machen zwischen den Fällen zu 1. und zu 2. keinen Unterschied. Wie der eine Fall wird auch der andere behandelt. Erst Berndorff[10]) macht diese Unterscheidung und gelangt bei seiner Untersuchung dahin, im Falle zu 1. regelmäßig eine alternative Obligation anzunehmen, im Falle zu 2. das Schuldverhältnis den Vorschriften über Gattungsschulden zu unterwerfen.

Was nun zunächst die Meinung Oertmanns und Reh-

---

[1]) Obligationenrecht § 38 Anm. q und t (1851).
[2]) Jahrb. f. Dogmatik Bd. 4 Nr. 5 S. 405 (1861).
[3]) Pandekten II § 255 Anm. 17 und 21 (1900).
[4]) Periculum b. Kauf S. 118 (1870).
[5]) Jahrb. d. gem. Rechts Bd. 5 S. 357/358 (1862).
[6]) Archiv für civ. Praxis Bd. 49 S. 185 (1866).
[7]) Kommentar zu § 243 (1899).
[8]) Kommentar zu § 243 S. 28 (1903).
[9]) Kauf nach gem. Recht II, 1 S. 327 (1884).
[10]) Die Gattungsschuld S. 15 (1900).

beins angeht, es liege eine Speziesschuld vor, so ist meines Erachtens dem nicht zuzustimmen. Eine Speziesschuld liegt vor, wenn die Parteien über den Schuldgegenstand vollkommen einig sind, wenn also der Schuldgegenstand unanfechtbar speziell bestimmt ist. Das trifft in den obigen Fällen zu 1. und zu 2. nicht zu. Nicht ein bestimmtes Buch aus dieser Bibliothek wird mir geschuldet, nicht speziell bestimmte 10 Liter aus diesem Fass sollen geliefert werden, sondern durch die Leistung eines beliebigen Buches aus dieser Bibliothek, beliebiger 10 Liter aus diesem Fasse wird der Schuldner befreit; der Gläubiger weiß nicht, welches Buch, welche 10 Liter schließlich Leistungsgegenstand sein werden. Demnach ist eine Speziesschuld wohl nicht anzunehmen.

Eine alternative Obligation liegt dann vor, wenn mehrere genau bestimmte Leistungen geschuldet werden derart, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist; also mehrere Leistungen sind in obligatione, nur eine in solutione. Trifft das in unseren Fällen zu?

Um den Fall zu 2. vorweg zu nehmen, ist diese Frage wohl mit Bestimmtheit zu verneinen. Wenn ich 10 Liter Wein aus einem bestimmten Fasse schulde, dann werden nicht soviel mal 10 Liter, als das Faß enthält, geschuldet, von denen nur einmal 10 Liter zu leisten sind, sondern einfach 10 Liter, ganz beliebig welche, sind in obligatione. Zudem ist die alternative Schuld eine Wahlschuld, bei der das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zusteht. Für eine der Parteien wird es von Interesse sein, entweder die eine oder die andere Leistung entweder zu machen oder zu erhalten. Dagegen ist es in unserem Falle dem Schuldner sowohl wie dem Gläubiger gleichgültig, welche 10 Liter schließlich geleistet werden. Dadurch ist der Unterschied von der alternativen Schuld klargelegt. Die Bestimmung des Fasses, aus dem die geschuldeten 10 Liter entnommen werden sollen, dient nur zur näheren Bestimmung der Gattung Wein; aus der großen Gattung „Wein“ greifen die Parteien eine kleinere Menge heraus, aus welcher die Leistung zu bewirken ist. Es liegt demnach keine eigentliche Gattungsschuld, bei der der Schuldgegenstand „nur“ der Gattung nach bestimmt ist, vor, sondern

eine sogen. beschränkte Gattungsschuld, auf welche indes die Vorschriften über die Gattungsschulden Anwendung finden.

Schwieriger ist die Beurteilung im Falle zu 1. Ein Umstand, der für das Vorliegen einer alternativen Schuld spricht, ist vorhanden: die Möglichkeit der Ausübung des Wahlrechts. Wenn ich ein Buch aus einer bestimmten Bibliothek schulde, so ist es sowohl für den Gläubiger als für mich von Interesse, ob ich ein Buch von größerem oder geringerem Werte leiste. Die Möglichkeit und das Interesse zu wählen sind gegeben. Ein anderes Erfordernis der alternativen Schuld aber zeigt uns klar und deutlich den Unterschied von der Gattungsschuld. Bei der alternativen Schuld müssen alle Leistungen, die geschuldet werden und von denen eine zu bewirken ist, den Parteien als solche bekannt und bewußt sein; die Parteien müssen wissen, diese Leistungen sind in obligatione; sie müssen sich die einzelnen Leistungen als solche vorstellen können und in jedem einzelnen Falle auch wirklich vorstellen. Der Wille der Parteien wird immer maßgebend sein. Um überhaupt jedesmal zu einem annehmbaren Ergebnis, ob alternative Schuld oder beschränkte Gattungsschuld, zu gelangen, muß man darauf zurückgehen, was die Parteien beim Geschäftsabschluß sich regelmäßig gedacht haben und was sie gewollt haben. Haben sich die Parteien die Sachen, aus welchen eine zu leisten ist, als Individuen, als mögliche Leistungsgegenstände vorgestellt, haben sie die Absicht gehabt, alle diese Sachen sind in obligatione, nur eine in solutione, dann wird jedesmal eine alternative Schuld vorliegen. Liegt aber das Rechtsgeschäft so, daß die Parteien alle Sachen, aus welchen eine zu leisten ist, nicht übersehen können, haben sie sich alle Sachen nur als Teile einer Gattung vorgestellt, dann liegt regelmäßig eine beschränkte Gattungsschuld vor. Und eine solche ist als der Absicht der Parteien entsprechend immer anzunehmen, solange nicht die Zahl der Sachen, aus der eine zu leisten ist, dem entgegensteht, d. h. so klein ist, daß man überhaupt nicht mehr von einer, wenn auch beschränkten Gattung sprechen kann.

Auf Grund dieser Ausführungen sind, vom letzten Falle abgesehen, alle Rechtsgeschäfte, bei denen entweder aus einer

größeren Menge ein unbestimmtes Quantum oder aus einer Anzahl Sachen eine unbestimmte Sache zu leisten ist, als beschränkte Gattungsschulden anzusehen.[1])

Was nun den Inhalt einer Gattungsschuld anbetrifft, so wird im folgenden immer nur von Gattungsschulden die Rede sein, die Sachen zum Gegenstand haben, wie ja auch das Bürgerliche Gesetzbuch nur diese regelt. Viele Juristen behaupten wohl, es gebe Gattungsschulden, deren Gegenstand ein Recht, eine Dienstleistung ist, bringen aber mit sehr wenigen Ausnahmen keine Beispiele dafür, sondern beschränken sich regelmäßig auf die Bemerkung, die Bestimmungen über Gattungssachschulden fänden analoge Anwendung.[2])

Für Rechte trifft dies zu. z. B. A ist verpflichtet, dem B den Zinsgenuß von 100000 Mark zu verschaffen. Das Recht auf den Zinsgenuß ist nur der Gattung nach bestimmt; woher die 100000 Mark kommen, wem sie gehören, ist einerlei. Hier werden die Bestimmungen über Gattungssachschulden sinngemäße Anwendung finden müssen. Demnach wird überall das über Gattungssachschulden unten Gesagte auch für Gattungsschulden, deren Gegenstand ein Recht ist, in Betracht kommen. Letztere sind deshalb nicht besonders erwähnt.

Anders ist es bei Dienstleistungen. An sich zwar können auch Dienste nur der Gattung nach bestimmt sein, z. B. sind die Arbeiten, die ein ordentliches Dienstmädchen, ein ehrlicher Kellner zu verrichten haben, nur der Gattung nach bestimmt. Wenn ich eine Anzeige erlasse: Ein Kellner gesucht! dann weiß jeder, welche Arbeiten der Kellner verrichten soll; es sind eben Arbeiten, die ein Kellner immer und überall zu leisten hat; sie sind nur der Gattung nach bestimmt. Ebenso sind die Dienste, die ein Kontorschreiber, ein Hausdiener usw. zu verrichten

---

[1]) vgl. hierzu Eck, in Holtzendorffs Rechtslexikon unter „Gattungskauf“ (1881); Enneccerus, Bürgerl. Recht I 2. Aufl. § 152 Ende (1901); Kohler, in Jahrb. für Dogmatik Bd. 17 S. 390 (1879); Matthiaß, Bürgerl. Recht 3. Aufl. Bd. 1 S. 336/337 (1900); Berndorff, Gattungsschuld S. 13 (1900).

[2]) z. B. Oertmann zu § 243 Anm. 1 (1899); Planck zu § 243 Anm. 1 (1900); Schollmeyer zu § 243 Anm. 1 (1900).

pflegen, nur der Gattung nach bestimmt. Sobald aber in solchen Fällen die Person bestimmt ist, die diese an sich nur der Gattung nach bestimmten Dienste leisten soll, haben diese Dienste aufgehört, nur der Gattung nach bestimmt zu sein. Man kann dann nicht mehr von Dienstleistungen sprechen, die ein ordentliches Dienstmädchen, ein ehrlicher Kellner usw. zu verrichten pflegen, sondern nur noch von den Arbeiten dieses bestimmten Dienstmädchens, dieses bestimmten Kellners usw. Wenn ich ein Dienstmädchen, einen Kellner, einen Kontorschreiber zu Dienstleistungen suche, nehme ich nicht jede beliebige Person, die ihre Dienste anbietet, sondern treffe unter diesen Personen nach den zu erwartenden Dienstleistungen eine Auswahl. Und hat sich dann irgend eine Person mir gegenüber zu Diensten verpflichtet, so sind Gegenstand unseres Schuldverhältnisses nicht mehr nur der Gattung nach bestimmte Dienstleistungen, sondern speziell die Dienste, die diese Person verrichtet. So wie diese Person die Dienste gewöhnlich verrichtet will ich sie geleistet haben; eine andere Person würde sie vielleicht nicht so ausführen, wie ich es wünsche und von der mir verpflichteten Person vorraussetze. Dadurch daß sich jemand zu Diensten, die an sich nur der Gattung nach bestimmt sind, verpflichtet, sind sie hinlänglich genug bestimmt, als daß man noch von Gattungsschulden sprechen könnte.[1]) Das Beispiel, das Crome[2]) und Berndorff[3]) bringen, trifft meines Erachtens nicht den Kern der Sache. Wenn ich einen Kutscher mit den und den Eigenschaften zu besorgen habe, schulde ich nicht Dienste, die nur der Gattung nach bestimmt sind, sondern nur eine einzige, ganz spezielle Dienstleistung, die Stellung eines Kutschers, den ich freilich aus einer Gattung seinesgleichen auswählen kann. Gegenstand meiner Verpflichtung ist die Besorgung eines Kutschers mit gewissen Eigenschaften; nicht ist es der Kutscher als solcher, der dann ja als Sache, als Gattungssache behandelt wäre, und nicht sind es die an

[1]) vgl. Rehbein, Kommentar zu § 243 S. 26 (1903).
[2]) Bürgerliches Recht II S. 46 (1902).
[3]) Gattungsschuld S. 7 (1900).

sich freilich nur der Gattung nach bestimmten Dienste, die der Kutscher leisten soll. Demnach scheiden die Dienstleistungen, die, wie gesagt, an sich wohl nur der Gattung nach bestimmt sein können, aber durch die Bestimmung der Person, die die Dienste leisten soll, ihren Charakter als Gattungsschulden verlieren, aus unserer Betrachtung aus.

---

# Hauptteil.

## Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach gemeinem und heutigem bürgerlichen Recht.

§ 3.

### I. Übersicht.

Für unsere Frage nach dem Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden ist das Jahr 1841 von bleibender Bedeutung; ist doch, wie Jhering[1]) schreibt, in diesem Jahre „unsere Frage zum ersten Male zum Gegenstand einer wirklich wissenschaftlichen Untersuchung“ gemacht worden. Während in den Quellen des gemeinen Rechts und in der Literatur vor 1841 unsere Frage immer nur vorübergehend berührt wird, erörtert im Jahre 1841 Thöl, Professor der Rechtswissenschaft zu Göttingen, in seinem Lehrbuche des Handelsrechts die Frage nach dem Gefahrübergang zum ersten Male eingehend und sucht seinen Standpunkt darin wissenschaftlich zu begründen. An seine Untersuchung knüpfte sich bald in der Literatur eine lebhafte Erörterung dieses Stoffes, und verschiedene Theorien wurden der Reihe nach der Auffassung Thöls entgegengestellt, wieder andere traten auf seine Seite, bis das Bürgerliche Gesetzbuch in der Hauptsache dem Streit ein Ende machte. Einzelne Punkte sind freilich immer noch der Entscheidung durch die Wissenschaft vorbehalten.

---

[1]) Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 4 Nr. 5 S. 379/380 (1861).

§ 4.

## II. Entwicklung bis zum Jahre 1841.

Wie bereits erwähnt, behandeln die wenigen hierher gehörigen Quellenstellen — nach Jhering[1]) ist „das Quellenmaterial ungemein dürftig, es beschränkt sich auf die L. 35 § 7 D. C. E. 18, 1; L. 5 D De Periculo et commodo 18, 6; L. 2. C. h. t. (4, 48)“ — den Gefahrübergang speziell beim Gattungskauf. Sie regeln ihn dahin, daß, wenn „pars vini ex doleario“,[2]) „amphorae centum ex eo vino quod in cella esset“,[3]) „singulae amphorae vini“[4]) verkauft sind, der Verkäufer die Gefahr trägt „antequam admetiatur“,[2]) „donec admetiatur“,[3]) „antequam tradantur“.[4]) Also soll beim Gattungskauf nicht bereits, wie beim gewöhnlichen Kauf, die Gefahr auf den Käufer übergehen „perfecta emptione“,[5]) sobald das Kaufgeschäft abgeschlossen, „perfekt“ ist, sondern erst in einem späteren Zeitpunkt. Es muß noch etwas hinzukommen, was die Haftung für zufälligen Untergang des Kaufgegenstandes auf den Käufer, den Gläubiger, übertragen soll. Dieses weitere Erfordernis ist zweimal, und zwar in den beiden Digestenstellen, mit „admetiri“, das dritte Mal, in der Codexstelle, mit „tradere“ bezeichnet. Über die Auslegung, die diese Stellen in der gemeinrechtlichen Literatur gefunden haben, ist unten im speziellen Teil unter „Gattungskauf“ zu sprechen. Hier genügt es festzustellen, daß mindestens bis zur Ausscheidung einer species aus der Gattung — ehe „tradiert“ werden kann, muß ausgeschieden sein — der Schuldner die Gefahr zu tragen hat, daß also bis zu diesem Augenblick auf keinen Fall von einem Gefahrübergang die Rede sein kann. Soweit die Quellen.

Was nun die Behandlung unserer Frage im nächsten Jahrtausend angeht, so sind dafür folgende Sätze Jherings[6])

---

[1]) a. a. O. S. 373.
[2]) L. 35 § 7 D. Contr. empt. 18, 1.
[3]) L. 5 D. De peric. et com. 18, 6.
[4]) L. 2 C. De peric. et com. 4, 48.
[5]) L. 8 Pr. D. De peric. et com. 18, 6.
[6]) a. a. O. S. 373—375.

charakteristisch: „Die stiefmütterliche Behandlung unserer Frage in der postjustinianischen Zeit beginnt bereits mit den Basiliken." „Die spätere Literatur setzt diese Einsilbigkeit nur zu getreulich fort." „Der einzige, der bis auf Thöl hinab diese Frage einer eingehenden Erörterung unterzogen hat, ist Carpzow." Nach dieser Darstellung erfahren wir also bis zur zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts so gut wie nichts darüber, wie unsere Frage entschieden wurde. Carpzow selbst spricht von einem kaufmännischen Gewohnheitsrecht, nach welchem die Gefahr für die Waren, die auf Verlangen des Käufers irgend wohin verschickt werden, mit der Absendung auf den Käufer übergeht,[1]) der Käufer also die Gefahr des Transportes trägt, nicht aber für zufälligen Untergang der Waren vor Absendung und nach Ausscheidung aus der betreffenden Gattung haftet. Ausdrücklich erklärt er jedoch, daß dieser Satz nur in kaufmännischen Handelsgeschäften für bestellte Waren Geltung beanspruchen könne.[2]) Wann aber bei solchen Handelsgeschäften von Person zu Person die Gefahr übergeht, ob mit Abschluß des Kaufgeschäfts, ob mit der Ausscheidung der Waren aus der Gattung oder erst mit der „Tradition", davon spricht er nicht. Demnach steht nur fest, daß bei Versendung von Waren mit deren Absendung die Gefahr auf den Käufer übergeht. Dieselbe gewohnheitsrechtliche Bestimmung bezeugen etwa hundert Jahre später Struben und Glück. Struben schreibt nämlich:[3]) „. . . . daher unter Kaufleuten üblich, daß, wenn einer solche (Waren) verschreibet, er nach deren Absendung die Gefahr übernehmen, und das Kaufgeld bezahlen muß, wenn sie gleich unterwegens verloren gangen". Und Glück stellt fest:[4]) „Noch ist zu bemerken, daß, wenn Waren von einem entfernten Ort her verschrieben werden, die Absendung derselben immer auf die Gefahr des Käufers geschiehet, wenn auch gleich der Preis noch nicht bestimmt worden wäre."

---

[1]) B. Carpzow: Opus decisionum, Decisio 131 (1670).
[2]) vgl. Anm. 1 und Jhering a. a. O. S. 375.
[3]) Rechtliche Bedenken 2. Teil, Bedenken Nr. 65 S. 249 (1763).
[4]) Kommentar zu den Pandekten Bd. 17 S. 187/188 (1815).

Wertvoller jedoch als diese Bestätigung des Carpzowschen Satzes ist die Lehre Strubens, daß allgemein beim Gattungskauf der Verkäufer bis zur Überlieferung, also bis zum „tradere", wie sich die Codexstelle ausdrückt, die Gefahr trage. „Muß deswegen, wenn ein Genus verkaufet worden, der Verkäufer bis zur Überlieferung die Gefahr stehen, weil es ungewiß, ob er eben das Verlorengegangene dem Käufer geben wollen, mithin ist der Handel nur unvollkommen, so lange keine Bestimmung des Individui geschehen."[1]) Nach ihm ist also eine geschuldete Gattungssache nicht bereits mit der Ausscheidung aus der Gattung, sondern erst mit der Überlieferung individuell bestimmt derart, daß damit erst die Gefahr übergehen kann. Bald aber tritt eine andere Anschauung hervor. Zwar schreibt noch Hellfeld[2]) undeutlich: „Inde periculum est venditoris ... si genus venditum et species tradenda nondum certa sit", ohne daß man daraus mit Bestimmtheit entnehmen könnte, was nach seiner Lehre die species tradenda zu einer certa macht, ob die Überlieferung an den Gläubiger oder die Ausscheidung. Klar und unzweideutig tritt die letztere Anschauung bei Westphal hervor, indem er lehrt,[3]) daß die Gefahr beim Verkäufer nur so lange bleibe, „bis die dahin gehörigen species ausgesucht sind". Und Bucher[4]) läßt die Gefahr übergehen, sobald irgend eine Sache aus der Gattung „durch Wahl bestimmt ist". Ihnen schließen sich Schweppe[5]) und Mackeldey[6]) an. Andererseits aber erheben sich wieder einige Stimmen dafür, daß erst mit der „Tradition", mit der „Ablieferung" an den Gläubiger die Gefahr übergehe. Diese Ansicht vertreten hauptsächlich Thibaut[7]) und Mühlenbruch.[8]) Während ferner der Kassations- und Revisionshof zu Berlin in einem Urteil von 1834

---

[1]) Struben, Rechtliche Bedenken 2. Teil, 65. Bedenken S. 249 (1763).
[2]) Jurisprudentia forensis § 1036, 4 S. 449 (Jena 1806).
[3]) Lehre des gem. Rechts vom Kauf etc. S. 443 (1791).
[4]) Recht der Forderungen 2. Aufl. S. 206 (1830).
[5]) Röm. Privatrecht 4. Ausg. S. 134 (1831).
[6]) Röm. Recht 12. Ausg. § 369 (1842).
[7]) Pandekten 8. Aufl. 2. Bd. § 478 (1834).
[8]) Pandekten 2. Aufl. 2. Teil S. 312/313 (1838).

die Gefahr auf den Käufer übergehen läßt, „sobald der Verkäufer die Waren durch einen von ihm ausgewählten Fuhrmann abgesandt hat“,[1]) trägt nach einem Erkenntnis des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck vom Jahre 1835 der Käufer von dem Augenblick die Gefahr, „wo eine bestimmte species als das zu liefernde Objekt ausgewählt und designiert worden ist“.[2])

Wir sehen also, daß weder in der Wissenschaft noch in der Rechtsprechung der damaligen Zeit eine Anschauung die herrschende gewesen ist, daß man bald auf das „admetiri“, bald auf das „tradere“ der Quellen das entscheidende Gewicht legen zu müssen glaubte. Und nirgendwo finden wir die eine oder andere Ansicht wissenschaftlich begründet, vielmehr immer nur die einfache Tatsache festgestellt. Ganz anders gestaltet sich die Sache in der nun folgenden Periode, die man dank der ersten Untersuchung Thöls gradezu als die klassische Zeit unserer Frage bezeichnen kann.

## III. Allgemeiner Teil.

## a) Regelrechte Abwicklung des Schuldverhältnisses.

§ 5.

### 1. Lehre des gemeinen Rechts.

Angeregt durch die eingehende Erörterung Thöls über den Gefahrübergang beim Gattungskaufe suchten im gemeinen Recht bald viele Juristen unsere Frage in längeren oder kürzeren Ausführungen zu beantworten. Die größte Bedeutung erlangten zwei Theorien, an welche sich die anderen mehr oder weniger anlehnten. Hier kommen zunächst nur Thöls „Ausscheidungstheorie“ und Jherings „Lieferungs- oder Erfüllungstheorie“ in Betracht, die um den Vorrang stritten, die richtige Lehre des gemeinen Rechts zu vertreten.

---

[1]) Seuffert, Archiv für Entscheidungen Bd. 2 Nr. 168 (1834).

[2]) Thöl, Ausgewählte Entscheidungsgründe des O.-A.-Gerichts zu Lübeck S. 61 (1857).

Sind noch unbestimmte einzelne Sachen oder eine individuell noch nicht bestimmte Menge aus einer Gattung zu leisten, so kann naturgemäß vor der Ausscheidung der einzelnen Sachen oder einer bestimmten Menge aus der Gattung von einem Aufhören der Haftung des Schuldners für zufälligen Untergang eines Teiles der Gattung oder mit anderen Worten von einem Übergang der Gefahr auf den Gläubiger nicht die Rede sein.[1]) Gehen vor der Ausscheidung einzelne Sachen oder ein Quantum der Gattung, aus der die Leistung zu bewirken ist, durch Zufall unter, so muß der Schuldner dafür eintreten, d. h. er trägt die Gefahr. Es ist ja „ungewiß, ob er eben das Verlorengegangene dem Käufer geben wollen“.[2]) Sobald aber die Ausscheidung aus der Gattung vor sich gegangen ist, sobald zugemessen, zugewogen, zugezählt ist, dann kann die Gefahr übergehen. Dem steht an sich jetzt nichts mehr im Wege. Damit haben wir den ersten Zeitpunkt, in welchen der Gefahrübergang überhaupt gelegt werden kann, gewonnen. Auf diesen Standpunkt stellte sich Thöl[3]) und suchte seinen Standpunkt auch wissenschaftlich zu begründen. Danach verlangt er für den Gefahrübergang Ausscheidung aus dem genus, und zwar eine Ausscheidung dem Gläubiger gegenüber derart, „daß er (der Gläubiger) seine Gedanken auf diese ausgeschiedene Spezies hat richten können“.[4]) Sobald also eine bestimmte Sache oder eine bestimmte Menge als das zu Leistende ausgeschieden ist, sobald der Gläubiger hiervon Kenntnis hat und weiß, diese Sachen und dieses Quantum soll mir geliefert werden, dann soll die Gefahr auf ihn übergehen, er den Schaden für den zufälligen Untergang tragen, auch wenn er nichts erhält.

Diese Lehre fand allgemein Anklang; sie wurde herrschend in der Wissenschaft und in der Praxis, bis im Jahre 1861 Jhering in einer Abhandlung, betitelt: „Beiträge zur Lehre

---

[1]) Solange sich wenigstens das Schuldverhältnis ordnungsmäßig abwickelt. Wie sich dagegen die Sache beim Gläubigerverzuge gestaltet, vgl. unten S. 20ff.

[2]) Struben a. a. O. II. Teil 65. Bedenken S. 249.

[3]) Handelsrecht 1. Aufl. 1841 § 74, 6. Aufl. § 264 (1879).

[4]) 1. Aufl. S. 240, 6. Aufl. S. 865.

von der Gefahr beim Kaufkontrakte II“ [1]) ihr entgegentrat, sie als praktisch unbrauchbar und juristisch unhaltbar hinstellte und ihr seine eigene Lehre gegenüberstellte. Erst langsam, dann aber bestimmt und entschieden begann ein Umschwung zu seinen Gunsten; Gesetzgebung, Rechtsprechung und überwiegend auch die Wissenschaft traten auf seine Seite, so daß zu Ende des 19. Jahrhunderts die Erfüllungstheorie wohl als die herrschende zu bezeichnen ist.

Sie lehrte, nicht bereits mit der Ausscheidung, sondern erst mit der wirklichen Lieferung werde der Schuldner von seiner Verpflichtung, die Gefahr zu tragen, befreit; erst muß geliefert, die Verbindlichkeit des Schuldners erfüllt sein. Das ist der äußerste Zeitpunkt, an welchem die Gefahr noch übergehen kann. Denn hat der Schuldner geliefert, was er liefern soll, dann hat er alles getan, wozu er verpflichtet war, und jeder Grund, weshalb er die Gefahr noch länger tragen sollte, ist weggefallen. Demnach verlegt die Erfüllungstheorie den Gefahrübergang in den spätesten überhaupt in Betracht kommenden Zeitpunkt, in die Erfüllung. Die „Tradition“ soll entscheiden, nicht das „admetiri“.

So finden wir auf unsere Frage nach dem Übergange der Gefahr bei Gattungsschulden nach gemeinem Recht in der Hauptsache [2]) zwei Antworten vor:

1. Die Ausscheidung aus der Gattung überträgt die Gefahr (Ausscheidungstheorie),

2. erst mit der Lieferung geht die Gefahr auf den Gläubiger über (Lieferungs- oder Erfüllungstheorie).

---

[1]) Erschienen 1861 in Gerbers und Jherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 4 Nr. V.

[2]) Eine eingehende Begründung und Würdigung dieser beiden Theorien, sowie die Besprechung der übrigen Anschauungen erfolgt im speziellen Teil unter „Gattungskauf“.

§ 6.

## 2. Gefahrübergang nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Wie stellt sich nun das neue Recht zu den verschiedenen Theorien mit ihren verschiedenen Antworten? Wie bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch den Gefahrübergang bei Gattungsschulden? Das ist die Frage, deren Beantwortung zunächst zu erfolgen hat. Um dies eine vorweg zu nehmen: Eine einheitliche, alle Zweifel ausschließende Regelung unserer Frage finden wir auch im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht vor. Untersuchen wir also, wie sie im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu entscheiden ist.

Im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse sprechen drei Paragraphen von Gattungsschulden: §§ 243, 279, 300, 2. § 279 bestimmt, daß der Schuldner auch ohne Verschulden sein Unvermögen zur Leistung solange zu vertreten hat, als die Leistung aus der Gattung möglich ist. § 300 Abs. 2 spricht vom Übergange der Gefahr beim Annahmeverzuge des Gläubigers. Um ganz allgemein, vom Verzuge abgesehen, den Gefahrübergang bestimmen zu können, müssen diese beiden Paragraphen vorläufig außer Betracht bleiben. Es bleibt also nur noch § 243. Aber auch dieser enthält auf den ersten Blick nichts vom Übergange der Gefahr. Und doch steckt in ihm die Antwort auf unsere Frage drin.

In seinem Absatz 2 bestimmt § 243, das Schuldverhältnis beschränke sich auf eine bestimmte Sache aus der Gattung, aus der die Lieferung geschehen solle, sobald der Schuldner das zur Leistung einer Sache von mittlerer Art und Güte seinerseits Erforderliche getan habe. Das Schuldverhältnis beschränkt sich auf eine bestimmte Sache bedeutet, nicht mehr irgend eine Sache aus der Gattung ist zu leisten, sondern nur die Sache, in betreff der die Beschränkung eingetreten ist, kann nunmehr an den Gläubiger geleistet werden; geht diese Sache unter, ist die Leistung unmöglich geworden. Also erst dann, wenn der Schuldner alles getan hat, wozu er nach dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis verpflichtet ist, wenn er alles getan hat, eine

bestimmte Sache aus der Gattung vertragsmäßig zu leisten, erst dann und nur dann beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die Sache, die Gegenstand der Tätigkeit des Schuldners gewesen ist. Umgekehrt, immer wenn diese Beschränkung auf eine bestimmte Sache eingetreten ist, hat der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan, hat er seiner Leistungspflicht genügt. Er hat dann seine Verpflichtungen aus dem Gattungsschuldverhältnis erfüllt; er kann bei zufälligem Untergang der Sache, in bezug auf welche die Beschränkung eingetreten ist, nicht mehr zum Schadensersatz herangezogen werden, mit anderen Worten, er trägt nicht mehr die Gefahr. Und damit haben wir die gesuchte Antwort:

Sobald der Schuldner das zur Leistung einer Sache von mittlerer Art und Güte seinerseits Erforderliche getan hat, sobald sich damit das Schuldverhältnis auf diese Sache beschränkt hat, geht die Gefahr auf den Gläubiger über.

Demnach sehen wir, daß das Bürgerliche Gesetzbuch nicht Thöls Ausscheidungstheorie, soviel Anhänger sie sich auch erworben hatte, zum Gesetz erhoben hat, sondern daß es der Lehre Jherings gefolgt ist und für den Übergang der Gefahr mehr verlangt als bloße Ansscheidung aus der Gattung.

Wann aber, und das ist die nächste Frage, hat der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan? Im einzelnen kann diese Frage nur nach dem jedesmaligen Schuldverhältnis beantwortet werden. Um aber eine bequeme Übersicht über die allgemeinen Erfordernisse zu erhalten, teilt man die Schuldverhältnisse am besten ein in Holschulden, in Bringschulden und in Versendungsschulden.[1]) Bei Holschulden hat sich der Gläubiger das, was ihm zu leisten ist, beim Schuldner zu holen; Erfüllungsort ist der Wohnsitz des Schuldners. Bei Bringschulden dagegen hat der Schuldner das zu Leistende dem

[1]) Jhering a. a. O. teilt, wie viele Juristen nach ihm, ein in „Hol-, Bring- und Schickschulden". Mir scheint der Unterschied zwischen „Bring- und Versendungsschulden" etwas klarer zu sein wie der zwischen „Bring- und Schickschulden", da man oft im Leben „Bringen" und „Schicken" gleichstellt. Cuno, Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden S. 30, nennt die „Schickschulden" „Schulden mit Versendungsgedinge".

Gläubiger zu bringen; Erfüllungsort ist hier der Wohnsitz des Gläubigers. Im Zweifel sind alle Schulden Holschulden; denn nach § 269 B.G.B. hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. Doch können vertragsmäßig alle Holschulden zu Bringschulden gemacht werden. Eine Versendungsschuld endlich liegt vor, wenn der Schuldner den Gegenstand der Leistung auf Verlangen des Gläubigers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet. In allen Fällen sind, natürlich solange nichts anderes vereinbart ist, Sachen von mittlerer Art und Güte zu leisten. Was das für Sachen sind, wird sich regelmäßig nach dem einzelnen Schuldverhältnis und den Anschauungen und der Verkehrssitte des Erfüllungsortes richten müssen. Um nun das seinerseits Erforderliche zu tun, muß der Schuldner eine Sache, die den Anforderungen von mittlerer Art und Güte entspricht, aus der Gattung, aus der zu leisten ist, ausscheiden und dem Gläubiger so anbieten, daß er, wenn er sie nicht annimmt, nach § 300 Abs. 2 B.G.B. in Annahmeverzug kommt.[1]) Bei Holschulden muß er die ausgeschiedene Sache dem Gläubiger, der sie sich bei ihm holen will, überreichen; erst damit hat er alles getan, wozu er verpflichtet ist. Nun behauptet Stintzing,[2]) bei Holschulden habe der Schuldner das Erforderliche getan, wenn er die species bereit gestellt und den Gläubiger davon benachrichtigt hat. Mir scheint dieses Erfordernis allein nicht ausreichend zu sein. Dann müßte ja der Gläubiger zusehen, wie er zu seinen Sachen kommt; er müßte sich seine 10 Scheffel Getreide selbst aus der Scheune des Schuldners holen, er müßte sich seinen Rappen aus fremdem Stalle ziehen. Nein! Der Schuldner hat vielmehr die geschuldeten Sachen, die er ausgeschieden hat, dem Gläubiger zu überreichen, er hat ihn in die Lage zu versetzen, unmittelbar die Sachen an sich zu nehmen.[3]) Nicht mit der Benachrichtigung an den Gläubiger, die Sachen ständen zum Abholen bereit,

---

[1]) So Planck, Kommentar zu § 243 S. 12 (1900).

[2]) In Zeitschrift für d. Privat- u. öffentl. Recht Nr. 28 S. 268 oben (1901).

[3]) vgl. Schollmeyer, Komm. zu § 243 S. 12 (1900).

hat der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan, sondern erst wenn er alles getan, was von seiner Seite zur Leistung erforderlich ist, wenn er dem Gläubiger überreicht hat. Damit erst kann die Gefahr auf den letzteren übergehen.[1])

Soll der Schuldner nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages die geschuldeten Sachen dem Gläubiger bringen, liegt demnach eine Bringschuld vor, dann hat der Schuldner erst das Erforderliche getan, wenn er am Wohnsitze des Gläubigers die geschuldeten Sachen abliefert. Damit erst beschränkt sich das Schuldverhältnis auf bestimmte Sachen der Gattung, damit erst geht die Gefahr über. In beiden Fällen also, mag es sich um eine Holschuld oder eine Bringschuld handeln, muß der Schuldner seiner Leistungspflicht genügt, muß er „tradiert", muß er „geliefert" haben, ehe die Gefahr übergeht.[2])

## b) Annahmeverzug des Gläubigers.

### § 7.

### 1. Lehre des gemeinen Rechts.

Wenn die oben entwickelten Bestimmungen über den Übergang der Gefahr auch dann zur Anwendung kommen sollten, wenn sich der Gläubiger im Verzuge der Annahme befindet, würden manche Härten und Unbilligkeiten zutage treten. Um diese zu verhüten, sind besondere Vorschriften geboten.

Kam nach gemeinem Recht der Gläubiger in Verzug der Annahme, ging die Gefahr auf ihn über. So lautete die allgemeine Regel für die mora accipiendi des Gläubigers. Hatte der Schuldner nach dem Inhalt des Vertrages dem Gläubiger eine Gattungssache zu leisten und nahm sie der Gläubiger, trotzdem zu gehöriger Zeit und am gehörigen Orte angeboten war, nicht an, kam er, wie bei gewöhnlichen Schulden, in Annahmeverzug.

---

[1]) Wie sich die Sache gestaltet, wenn der Gläubiger mit dem Abholen zögert, soll unten im § 8 dargelegt werden; vgl. insbesondere S. 24 unten Fall 1 und 3.

[2]) Über Versendungsschulden s. unten unter c).

Wie stand es aber hier dann mit der Tragung der Gefahr? Hatte der Annahmeverzug überhaupt Einfluß auf den Gefahrübergang?

Folgt man der Lehre Thöls, daß stets die Ausscheidung die Gefahr übertrage, muß man letztere Frage unbedingt verneinen. Ehe der Gläubiger in Annahmeverzug kommen kann, muß ihm, von besonderen Fällen abgesehen, angeboten sein. Und nach Thöls Lehre kann nur dann angeboten werden, wenn ausgeschieden ist; unter allen Umständen muß nach ihm ausgeschieden sein. Für Thöl und seine Anhänger erübrigt sich also die Frage, welche Einwirkung der Annahmeverzug des Gläubigers auf den Gefahrübergang habe; diese ist bereits übergegangen.

Eine völlig andere Antwort muß naturgemäß nach der von Jhering aufgestellten Lehre erfolgen. Bevor nämlich eine Leistung an den Gläubiger geschehen kann, muß ihm, wenn auch nur unmittelbar vorher angeboten sein. Nimmt nun der Gläubiger ohne rechtlichen Grund die Leistung des Schuldners nicht an, müßte an und für sich, da ja nur gehörige Erfüllung die Gefahr überträgt, der Schuldner weiter für die angebotene Sache die Gefahr tragen. Das wäre auf alle Fälle ungerecht. Da greift das Recht ein mit der Bestimmung: Auch bei Gattungsschulden geht durch Annahmeverzug des Gläubigers die Gefahr auf diesen über.[1]) Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der Schuldner an seinem oder des Gläubigers Wohnsitz zu leisten hatte. Voraussetzung ist nur, daß er am Erfüllungsort gehörig angeboten hat. Der Gläubiger trägt also die Gefahr der angebotenen Sache, d. h. er muß, wenn die Sache — ohne Verschulden des Schuldners — untergegangen ist, er also nichts erhalten hat, doch seine Gegenleistung machen, oder er kann, wenn er bereits geleistet hatte, nichts herausverlangen. Denn der Schuldner soll durch den Annahmeverzug des Gläubigers nicht schlechter gestellt sein, als wenn er gehörig hätte erfüllen können. Diesen billigen Rechtsgrundsatz drückt bereits Marcellus aus mit den Worten: „Etenim non est aequum

[1]) Jhering a. a. O. S. 433; Dernburg, Pandekten II S. 121 (1900); Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. II. Teil S. 112 (1901).

teneri (debitorem) pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset.“ [1])

Ist nun aber nach gemeinem Recht immer Ausscheidung erforderlich, um den Gläubiger in Annahmeverzug zu setzen? Auch diese Frage erübrigt sich für den, der der Ansicht Thöls beipflichtet. Denn durch die Bejahung der Frage wird die Ausscheidungstheorie geradezu auf den Kopf gestellt. Geht man dagegen von der Erfüllungs- oder Lieferungstheorie aus, hat man die vorliegende Frage zu verneinen. Liegt z. B. eine beschränkte Gattungsschuld vor, so kommt der Gläubiger, der sich zur gehörigen Zeit nicht beim Schuldner einfindet, um seine Leistung in Empfang zu nehmen, in Verzug [2]) und die Gefahr geht auf ihn über; nicht die Gefahr für bestimmte Sachen, die sind ja noch nicht ausgeschieden, sondern für den ganzen Vorrat, aus dem geleistet werden sollte. Geht dieser Vorrat zugrunde, hat der Gläubiger gleichwohl seine Gegenleistung zu machen, wenn eine solche vereinbart war. Wir sehen also, daß in diesem Falle eine Ausscheidung nicht erforderlich war. Ferner bei reinen Gattungsschulden: Hat z. B. der Schuldner an A, B und C je fünf Dutzend Eier zu leisten, die er zusammen in einer Kiepe trägt, und kommt A durch Nichtannahme in Verzug, so trägt er die Gefahr, wenn hinterher die fünf Dutzend Eier nicht mehr geleistet werden können, weil die ganze Kiepe Eier zugrunde gegangen ist. Hier hat der Schuldner noch nicht ausgeschieden, sondern einfach seinen Willen kundgegeben, aus diesem Vorrate an den Gläubiger leisten zu wollen. Es wäre unbillig, wenn man in einem solchen Falle dem Schuldner aufbürden wollte, trotzdem noch an A zu leisten, wo doch nur durch dessen Verzug die Leistung unmöglich geworden war. Es lehrt daher das gemeine Recht, soweit es nicht auf dem Boden der Thölschen Ausscheidungstheorie steht, daß bei Annahmeverzug Ausscheidung schlechthin nicht erforderlich ist.[3])

[1]) L. 72 Pr. D. de solut. et Lib. 46, 3; vgl. ferner: Jhering a. a. O. S. 433 ff. und Kohler, in Jahrbücher f. Dogm. Bd. 17 S. 391 u. 396 (1879).

[2]) Ohne wörtliches Angebot nach Kohler a. a. O. S. 403/404.

[3]) vgl. Reichsgerichts-Entsch. Bd. 5 S. 66: „Es kann ein Quantum aus einem vorhandenen Vorrat auch ohne vorgängige Ausscheidung wirksam offeriert werden. Und Jhering a. a. O. S. 433.

§ 8.

## 2. Heutiges bürgerliches Recht.

Maßgebend für die Regelung der vorliegenden Frage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist § 300 Abs. 2. Sobald der Gläubiger dadurch in Verzug kommt, daß er die ihm angebotene Sache nicht annimmt, geht die Gefahr auf ihn über. Um diese Bestimmung vollkommen verstehen zu können, muß man sie mit den allgemeinen Voraussetzungen des Gläubigerverzuges, wie sie in den §§ 293—296 gegeben sind, in Zusammenhang bringen. Danach kommt der Gläubiger im allgemeinen bei allen Schuldverhältnissen in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293). Die Leistung muß ihm so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden (§ 294). Das tatsächliche Angebot soll demnach die Regel sein. Als Ausnahme hiervon soll jedoch ein wörtliches Angebot genügen, wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, er werde nicht annehmen, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gäubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat (§ 295). — In Wirklichkeit wird diese „Ausnahme" wohl die Regel bilden, da im Zweifel alle Schulden Holschulden sind! — Nun ist im § 296 weiter noch bestimmt, daß es zur Herbeiführung des Verzuges eines Angebots überhaupt nicht bedarf, wenn für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung, also insbesondere für das Abholen der geschuldeten Sache, eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist und der Gläubiger die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt.

Was nun zunächst diese letztere Bestimmung anbetrifft, so ist klar, daß sie für Gattungsschulden, um die es sich hier allein handelt, außer Betracht bleiben muß nach § 300 Abs. 2, da ja hier überhaupt kein Angebot erforderlich ist.[1]) Um bei Gattungsschulden durch Annahmeverzug die Gefahr zu übertragen, muß zunächst ein Angebot erfolgt sein. Der Gläubiger muß wissen, der Schuldner will leisten, will jetzt leisten. Erst dann kann

---

[1]) vgl. hierzu: Schollmeyer, Planck, Oertmann, Neumann zu § 300 Abs. 2.

sich zeigen, ob der Gläubiger annehmen will oder nicht. Immer ist erforderlich, daß die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, auch tatsächlich angeboten wird. Das Angebot einer mangelhaften Sache oder einer Sache aus einer anderen Gattung ist kein Angebot im Sinne des § 294. Da ferner § 300 Abs. 2 keinen Unterschied macht zwischen tatsächlichem und wörtlichem Angebot, wird auch das wörtliche Angebot nach § 295 die Gefahr übertragen.[1]) An einem Beispiel lassen sich die verschiedenen Fälle am besten klar machen.

Fall 1. A schuldet dem B 10 Scheffel Getreide, die B an einem nach dem Kalender bestimmten Tage vom Wohnsitze des A abholen soll. B erscheint nicht; nach § 296 kommt er in Verzug. Die Gefahr aber geht nicht auf ihn über, da ja kein Angebot erfolgt ist.

Fall 2. A schuldet dem B 10 Scheffel Getreide, und zwar soll A sie dem B ins Haus liefern. Zur rechten Zeit stellt sich A bei B ein und bietet ihm die 10 Scheffel tatsächlich an. B verweigert die Annahme; er kommt dadurch nach § 294 in Verzug und die Gefahr für die 10 angebotenen Scheffel Getreide ist auf ihn übergegangen. Gehen sie zufällig zugrunde, hat er den Schaden zu tragen.

Fall 3. A schuldet dem B 10 Scheffel Getreide, die B von der Wohnung des A abzuholen hat. B erscheint in angemessener Zeit nicht; A bietet ihm die Leistung von 10 Scheffeln Getreide — wörtlich — an. B ist dadurch nach § 295 in Verzug gekommen und trägt von da ab die Gefahr.

Wir sehen also, daß zum Übergang der Gefahr durch Annahmeverzug regelmäßig ein Angebot, ein tatsächliches Anbieten erforderlich ist. Unter Umständen jedoch, nämlich unter den in § 295 vorgesehenen Voraussetzungen, genügt ein wörtliches Angebot, um das Ende der Gefahrtragung des Schuldners herbeizuführen und dem Gläubiger die Gefahr aufzubürden.

Nun fragt sich weiter, ist dazu immer Ausscheidung erforderlich? Vom B.G.B. ist dieser Fall nicht klar geregelt. § 300 Abs. 2 spricht nur davon, die Gefahr gehe auf den Gläu-

[1]) Ebenso Schollmeyer zu § 300 Abs. 2 und viele andere.

biger über, wenn er die angebotene „Sache“ nicht annehme. Bedeutet hier „Sache“ soviel wie eine bestimmte ausgeschiedene Sache, wie ein aus der Gattung abgewogenes, abgemessenes Quantum? Nehmen wir das an — und die meisten Juristen sind dieser Meinung[1]) —, dann ist auf jeden Fall das Angebot einer ausgeschiedenen Sache erforderlich; dann kann die Gefahr nur übergehen, wenn die Ausscheidung bereits erfolgt ist. Es sind aber Fälle denkbar, in denen es Recht und Billigkeit direkt widersprechen würde, wenn trotz Annahmeverzuges bei gehörigem Angebot die Gefahr beim Schuldner bleiben sollte, nur weil er nicht ausgeschieden hat. Und mit dem Gesetz ist der Übergang der Gefahr in einem solchen Falle nicht unvereinbar. Ein Beispiel wird das am besten erläutern.

Legen wir das auf S. 24 dieser Abhandlung angeführte Beispiel mit den verschiedenen Fällen auch hier zugrunde, wird Fall 1 von vornherein außer Betracht bleiben, da ja hier die Gefahr beim Schuldner bleibt.

Zu Fall 2. A, der dem B 10 Scheffel Getreide ins Haus zu liefern hat, erscheint zur gehörigen Zeit am Wohnsitze des Gläubigers, um zu leisten, mit einem großen Wagen Getreide von derselben Güte und Preislage, wie B bestellt hat. Von diesem Wagen will A der Reihe nach an B, C, D und E je 10 Scheffel liefern. Er erscheint bei B mit der Meldung, er wolle das Korn abmessen und ins Haus bringen. B erklärt, er nehme nicht an. Dadurch ist er, wie auf S. 24 dargelegt, nach § 294 B.G.B. in Annahmeverzug gekommen. Es fragt sich, ob auch die Gefahr übergegangen ist. Schollmeyer, Planck, Matthiaß, sowie die andern in Anm. 1 Genannten verneinen es, da sie unbedingt Ausscheidung verlangen. Wird nun durch Zufall der Wagen mit allem Getreide vernichtet, hätte A den Schaden zu tragen, dürfe er keine Entschädigung verlangen. Und doch hätte er die Gegenleistung bekommen, also keinen Schaden erlitten, wenn B rechtzeitig angenommen hätte. Also

[1]) So: Schollmeyer, Planck, Oertmann zu § 300 Abs. 2; Rehbein zu § 300 Abs. 2 S. 144; Goldmann-Lilienthal, B.G.B. 2. Aufl. I S. 353; Matthiaß, Bürgerl. Recht I S. 369 Anm. 3; Dernburg II: Bürgerl. Recht § 76 II, 2a.

nur dadurch, daß er verhindert wird zu leisten und seiner Verpflichtung nachzukommen, nur durch die Zögerung mit der Abnahme vonseiten des B soll er schlechter gestellt werden, als wenn er gehörig hätte erfüllen können. Hier verlangt doch, meine ich, das Rechtsgefühl gebieterisch, die Gefahr muß übergehen. Der Schuldner hat doch in Wirklichkeit 10 Scheffel Getreide angeboten, wenn diese auch nicht bereits abgemessen auf dem Wagen gesondert standen. Es war von ihm nicht zu verlangen, sie vorher auszuscheiden, wenn er nur rechtzeitig leisten konnte. Er war im Stande, unmittelbar nach dem Angebot 10 Scheffel als die geschuldeten zu liefern. Hätte er vorher ausgeschieden und die Leistung wäre von B zurückgewiesen worden, dann hätte er unnötig die Mühe gehabt. Denn unter Umständen ist die Ausscheidung „vernünftigerweise erst dann vorzunehmen, wenn die unmittelbare Abnahme durch den Käufer sicher bevorsteht".[1])

Ebenso liegt die Sache im Falle zu 3. B soll die ihm geschuldeten 10 Scheffel Getreide von A abholen, soll selbst beim Abmessen aus dem Kornvorrat des A zugegen sein. Da B mit der Abnahme zögert und nicht erscheint, bietet ihm A wörtlich 10 Scheffel der bestellten Art und Güte an, ohne diese aus dem großen Vorrate gleichartigen Getreides auszuscheiden. Nach B.G.B. § 295 ist B ohne Zweifel in Annahmeverzug gekommen. Und die Gefahr? Nun, A hat nicht ausgeschieden, infolgedessen kann die Gefahr nicht auf B übergehen! So die herrschende Lehre; geht das ganze Gehöft mit dem Getreide in Flammen auf, mag A immerhin die Gefahr tragen. Eine solche Entscheidung müßten folgerichtig die treffen, die unbedingt Ausscheidung verlangen. Entspräche sie der Billigkeit? Doch keineswegs! B soll nach dem Vertrage beim Abmessen zugegen sein, soll vielleicht die Kornsäcke, in denen das Getreide transportiert werden soll, selbst stellen. Dem A ist dadurch ein Ausscheiden und demnach ein Angebot von 10 ausgeschiedenen Scheffeln Getreide unmöglich gemacht. Er hat alles getan, was von seiner Seite zur Lieferung überhaupt geschehen konnte;

[1]) Reichsgerichts-Entscheidung Bd. 5 S. 66.

abmessen darf er ja nicht. Und doch soll er den Schaden tragen, der nur durch den Verzug des Gläubigers entstanden ist. Denn auch ausgeschieden und beiseite gestellt wären die 10 Scheffel auf jeden Fall doch ein Raub der Flammen geworden. Die Billigkeit verlangt, daß der Schuldner durch den Annahmeverzug des Gläubigers nicht schlechter gestellt wird, als wenn er seinem Willen gemäß gehörig hätte erfüllen können. Mit Recht ist deshalb Ebert[1]) der Ansicht, daß in einem solchen Falle mit dem Eintritt des Verzuges auch die Gefahr auf den Gläubiger übergeht, auch „ohne daß eine Ausscheidung des Quantums aus dem Vorrate durch den zur reellen Erfüllung vermögenden Schuldner nötig war". Und mit Recht lehrt daher Enneccerus[2]): „Bei Gattungsschulden geht die Gefahr auf den Gläubiger über, wenn der Verzug infolge des Angebots der geschuldeten Sache eingetreten ist. Genügt also wörtliches Angebot (wie z. B. bei einer Holschuld) und ist nach einem solchen der ganze Vorrat untergegangen, aus dem die geschuldete Quantität entnommen werden sollte, so ist der Schuldner befreit, und der Gläubiger hat bei gegenseitigen Schuldverhältnissen die Gegenleistung zu machen." Das Gesetz steht einer solchen Entscheidung auch nicht entgegen. Denn indem der Schuldner die Leistung aus den 50 Scheffeln, die er auf seinem Wagen hatte, im anderen Fall aus seinem ganzen Vorrat anbot, hat er damit auch, wenn auch nicht ausgeschieden, die 10 Scheffel, die er leisten wollte, angeboten. Auf jeden Fall hat er durch das Angebot gezeigt, daß er aus einem bestimmten, in beiden Fällen dem Gläubiger bekannten Vorrate die Leistung zu machen willens war.

Enneccerus freilich und Ebert wollen beide die Gefahr nur übergehen lassen, wenn der Annahmeverzug des Gläubigers nach § 295 eingetreten ist. Warum soll man hier einen Unterschied machen? In beiden Fällen, sowohl im Falle zu 2. — bei tatsächlichem — als auch im Falle zu 3. — bei wörtlichem Angebot - verlangt die Billigkeit mit gleicher Notwendigkeit,

---

[1]) In Fischer-Henle, B.G.B. mit Anm. § 300 Anm. 5.

[2]) Bürgerl. Recht I 2. Aufl. § 204 I, 2.

daß der Gläubiger die Gefahr trägt. Ja im zweiten Falle kennt der Gläubiger das Quantum, aus dem ihm geleistet werden soll, noch besser als im Falle zu 3. Er sieht ja den Wagen, auf welchem auch das ihm zu liefernde Getreide sich befindet, vor sich. Gleichwohl soll der Schuldner die Gefahr tragen, weil er die Leistung nicht „so, wie sie zu bewirken ist“ (§ 294), tatsächlich angeboten hat? Bevor er zum Gläubiger hinkam, konnte man von ihm nicht verlangen, daß er das Getreide für B, C, D und E getrennt voneinander hielt, das machte ihm nur Mühe und Kosten. Ausscheiden kann er bei der Leistung immer noch. Als er nun hört, B nimmt nicht an, soll er da trotzdem für B ausscheiden, damit auch die Gefahr übergehe? Das ist unbillig. Meines Erachtens hat er die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, auch angeboten. Er erklärt ja dem B, er wolle ihm die geschuldeten 10 Scheffel von seinem Wagen sofort liefern. Auch für das heutige Recht halte ich noch die Reichsgerichtsentscheidung [1]) für richtig, welche sagt: „Es kann ein Quantum aus einem vorhandenen Vorrat auch ohne vorgängige Ausscheidung wirksam offeriert werden.“

Wir sind also zu dem Resultat gekommen: Um durch Annahmeverzug die Gefahr auf den Gläubiger zu übertragen, ist regelmäßig das tatsächliche Angebot einer ausgeschiedenen Sache erforderlich. Unter den Voraussetzungen des § 295 genügt jedoch ein wörtliches Angebot. Ausscheidung ist dann nicht erforderlich, wenn für beide Teile unzweifelhaft feststeht, daß aus einem bestimmten zu der betreffenden Gattung gehörenden Quantum oder Vorrat die Leistung geschehen soll, und der ganze Vorrat zugrunde geht, ohne Unterschied, ob ein tatsächliches oder wörtliches Angebot erfolgt ist.

§ 9.

## c) Besondere Parteiverabredungen.

Die Bestimmungen über den Gefahrübergang bei Gattungsschulden sind dispositiver Natur, d. h. sie kommen nicht in Be-

[1]) Bd. 5 S. 66.

tracht, wenn und soweit die Parteien ein anderes vereinbaren. Solche Parteiabmachungen binden die Vertragschließenden in erster Linie; sie können mannigfacher Art sein.

1. So können die Parteien z. B. abweichend von der Bestimmung, daß Leistungen entweder beim Gläubiger, oder was die Regel ist, beim Schuldner zu bewirken sind, verabreden, Schuldner solle den Schuldgegenstand an einen anderen Ort, als den Erfüllungsort versenden. In einem solchen Falle liegt eine Versendungsschuld vor. Nun fragt sich, wann geht hier nach gemeinem und wann nach heutigem bürgerlichen Recht die Gefahr auf den Gläubiger über?

Betrachten wir wieder zunächst den Fall, daß sich das Schuldverhältnis regelmäßig abwickelt. Erläutert wird auch diese Art des Schuldverhältnisses im gemeinen Recht am Gattungskauf. Während Thöl[1]) wie überall bei Gattungsschulden auch im Falle des Versendens die Gefahr übergehen läßt mit der vollendeten Ausscheidung und mit dem Wissen des Gläubigers hiervon, geht nach Jhering[2]) wie bereits nach Carpzow, Struben und Glück[3]) die Gefahr über, sobald abgeschickt ist. Dieser Ansicht traten die meisten Juristen bei,[4]) und das Bürgerliche Gesetzbuch hat sie, dem alten Handelsgesetzbuch[5]) folgend, aufgenommen. Nun regelt zwar das Bürgerliche Gesetzbuch diese Frage ebenfalls nur für den Kauf, aber nach allgemeiner Anschauung findet die Bestimmung auf andere Gattungsschulden analoge Anwendung.[6]) Danach geht bei Versendungsschulden die Gefahr über, sobald die geschul-

---

[1]) Handelsrecht 6. Aufl. § 264 (1879).

[2]) a. a. O. S. 432 (1861).

[3]) oben S. 12.

[4]) Stintzing, Jahrb. für Dogmatik Bd. 10 S. 206 (1871); Kohler, Jahrb. f. Dogm. Bd. 17 S. 265 Anm. 1 S. 333 (1879); Eck in Holtzendorffs Rechtslexikon unter Gattungskauf S. 8 Bd. 2 (1881); Unger, Jahrb. f. Dogm. Bd. 33 S. 341 (1894); Dernburg, Pand. II § 25 S. 74 (1900); Windscheid, Pand. II § 389 Anm. 16 (1900).

[5]) A. d. H.G.B. Art. 345.

[6]) Dernburg, Bürgerl. Recht II § 12 S. 29/30 (1899); Oertmann zu § 447 Anm. 3 (1899); Schollmeyer zu § 243 S. 13 (1900); Goldmann-Lilienthal, B.G.B. S. 294 Anm. 6 (1901).

dete Sache „dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert“ ist (§ 447 B.G.B.). In diesem Augenblick hat der Schuldner alles das zur Leistung an den Gläubiger seinerseits Erforderliche getan, die Gefahr ist übergegangen.

Was nun in diesem Falle den Annahmeverzug des Gläubigers angeht, so ist dieser auf den Übergang der Gefahr ohne Einfluß. Bereits mit der Auslieferung zur Versendung geht die Gefahr über; ob der Gläubiger nun die Sache, wenn sie bei ihm ankommt, annimmt oder nicht, ist gleichgültig, er trägt ja bereits die Gefahr. Nur in einem Punkte findet eine Abweichung von dieser Regel statt. z. B. A soll dem B, der in X seinen Wohnsitz hat, an einem bestimmten Tage 10 Scheffel Roggen nach Y schicken. Wenige Tage vor dem vereinbarten Termin erhält A die Nachricht von B, er brauche nicht zu schicken, seine Leistung würde zurückgewiesen werden. Soll A, um den B. in Annahmeverzug zu setzen und auf ihn die Gefahr zu übertragen, trotzdem absenden, wo er doch weiß, B nimmt nicht an? Hier ist zu entscheiden, daß bereits mit dem wörtlichen Angebot, er sei zur Lieferung bereit und erwarte die Nachricht, daß er 10 Scheffel Roggen abschicken solle, B in Annahmeverzug kommt und damit die Gefahr trägt. Der Schuldner hat ja getan, was von seiner Seite zur Leistung bisher erforderlich war; abschicken soll er nicht; er weiß, die Lieferung wird nicht angenommen; dann hätte er umsonst Mühe und Kosten davon. War nun ausgemacht, Schuldner solle von seinem Vorrat den Roggen liefern, dann ist auch Ausscheidung zum Gefahrübergang nicht schlechthin erforderlich. Geht der ganze Vorrat zugrunde, trägt B die Gefahr. Denn vor der unmittelbar bevorstehenden Versendung ist Ausscheidung von A nicht zu verlangen. Sie wäre nutzlos, da B nicht annehmen will. „Es wäre eine Vergeudung von Natur- und Menschenkräften, dem Schuldner zuzumuten, daß er trotzdem und unnötigerweise die weiteren Schritte tue.“ [1])

---

[1]) Kohler, Jahrb. f. Dogm. Bd. 17 S. 401 (1879); vgl. ferner Jhering a. a. O. S. 435 (1861).

2. Weiterhin können die Parteien, zwischen denen ein Gattungsschuldverhältnis besteht, vereinbaren, daß von nun an aus der Gattung eine speziell bestimmte Sache geliefert werden solle. Eine solche Vereinbarung zu treffen ist den Parteien natürlich unbenommen. Es wird dadurch der bisher nur generell bestimmte Leistungsgegenstand speziell bestimmt, und das Schuldverhältnis beschränkt sich auf die betreffende Sache. Gleichwohl geht aber damit nicht die Gefahr auf den Gläubiger über, denn von der Vereinbarung ab liegt nicht mehr eine Gattungsschuld, sondern eine Speziesschuld vor. Der Gefahrübergang regelt sich demnach nach den Vorschriften, die für Speziesschulden bestehen.[1])

# Anhang.

## § 10.

## Geldschulden.

„Die wichtigste Art der Gattungsschuld ist die Geldschuld". So lehrt Oertmann,[2]) dieser Meinung ist Ebert.[3]) Das trifft doch wohl so ohne weiteres nicht zu. Wird schlechthin Geld geschuldet, wird doch nicht eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet; hat der Schuldner eine Geldsumme zu leisten, schuldet er lediglich den Wert, der durch die betreffende Summe ausgedrückt ist. „Geldschuld ist Wertschuld."[4]) Schuldgegenstand ist der durch die Summe dargestellte Wert. Gattungsschuld ist also die Geldschuld nicht. Werden aber, was seltener der Fall ist, einzelne Stücke bestimmter Münzsorten geschuldet, z. B. Jubiläumszweimarkstücke von 1901, dann bilden

---

[1]) vgl. Jhering: a. a. O. S. 396; Dernburg, Pand. II S. 75 Anm. 10; Eck, Vorträge S. 240 (1903); Schollmeyer zu § 243 Anm. 6d; Dernburg, Bürg. Recht 1. Abt. § 12 I (1899).

[2]) Kommentar zu § 244 Anm. 1 (1899).

[3]) In Fischer-Henle zu § 279 Anm. 1 (1902 5. Aufl.).

[4]) Enneccerus, Bürgerl. Recht I § 154 I, 1.

diese eine Gattung, aus der die einzelnen Stücke geschuldet werden. Es kommt dem Gläubiger nicht darauf an, eine bestimmte Geldsumme zu erhalten, den Wert, der durch die Summe der Geldstücke ausgedrückt ist, sondern Stücke einer ganz bestimmten Geldsorte. Es liegt eine Geldsortenschuld vor; der Schuldgegenstand ist nur der Gattung nach bestimmt. Es finden demnach in einem solchen Falle alle Vorschriften über Gattungsschulden Anwendung. Die Gefahr geht also über, sobald der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat. Wann dies geschehen ist, bestimmt sich wieder nach den Ausführungen auf S. 17 ff. dieser Abhandlung.[1])

## IV. Einzelne Gattungsschuldverhältnisse.

## 1. Gattungskauf.

§ 11.

### a) Lehre des gemeinen Rechts.

Wie wir bereits oben gesehen haben, lassen die Römer beim Gattungskauf[2]) die Gefahr übergehen, sobald dem Käufer zugemessen, zugewogen, zugezählt ist,[3]) sobald ihm tradiert ist.[4]) Hieran schließen sich die Juristen des gemeinen Rechts und bauen hierauf ihre verschiedenen Theorien.

In seinem 1841 herausgegebenen Lehrbuche des Handelsrechts stellt Thöl im Anschluß an die oben[5]) bezeichneten Quellenstellen eine Untersuchung über den Gefahrübergang beim Gattungskauf an und kommt dabei zu folgendem Resultat:

---

[1]) vgl. über das Obige: v. Savigny, Oblig.-Recht I S. 441 (1851); Goldschmidt, System des Handelsrechts 4. Aufl. S. 158 (1892); Windscheid-Kipp, Pand. 8. Aufl. S. 48,3 (1900); Matthiaß, Bürgerl. Recht 3. Aufl. I S. 339 (1900); Planck zu § 244 Anm. 1; Schollmeyer ebenda (1900); Enneccerus 2. Aufl. I § 154 I, 2 (1901).

[2]) Auf die Streitfrage, ob die Römer den Gattungskauf als solchen gekannt haben oder die Stipulation zu Hilfe nahmen, ist hier nicht einzugehen, da sie für den Gefahrübergang an sich belanglos ist.

[3]) L. 35 § 7 D. de contr. empt. 18, 1; L. 5 D. de periculo . . . 18, 6.

[4]) L. 2 C. de periculo . . . 4, 48.

[5]) S. 11.

Sobald der Verkäufer eine ordnungsmäßige species zu ordentlicher Zeit aus dem genus ausgeschieden hat, geht die Gefahr auf den Käufer über. Gehörig ausgeschieden ist aber nicht bereits mit der einseitig vom Verkäufer vorgenommenen Ausscheidung, sondern die Ausscheidung muß eine zweiseitige sein derart, daß dem Käufer die Ausscheidung einer species so angezeigt ist, „daß er seine Gedanken auf diese ausgeschiedene species hat richten können".[1]) Das „admetiri" der Quellen ist als eine dem Käufer gegenüber vorgenommene Handlung zu denken. Auf sein Wissen kommt es an; entweder ist das Zumessen, Zuwägen, Zuzählen in seiner Gegenwart erfolgt, oder ihm mitgeteilt durch einen Bericht über die Ausscheidung so, daß durch diesen Bericht der Beweis der Identität der ausgeschiedenen und der untergegangenen oder verschlechterten species geführt werden kann. Damit geht die Gefahr über, nicht erst mit der Tradition. Das „tradi" der Codexstelle bedeutet soviel wie mensura, zumal in derselben Stelle die mora als eine mora mensurae faciendae ausdrücklich bezeichnet ist. Das tradere ordnet sich demnach dem admetiri der anderen Stellen unter. So ist das Resultat, die vom gemeinen Recht allgemein Ausscheidungstheorie genannte, von Thöl selbst Theorie des Wissens oder Apparitionstheorie bezeichnete Lehre gewonnen.

Zunächst schlossen sich dieser Lehre so viele Juristen an, daß Jhering[2]) im Jahre 1861 schreiben konnte:

„Zu der Thölschen Ansicht haben sich, wenn auch mit kleinen Abweichungen in der Fassung, soviel ich weiß, alle späteren Schriftsteller bekannt, welche sich überhaupt über die Frage ausgelassen haben, so von Vangerow, Puchta, Sintenis, Brinkmann, Fr. Mommsen, Heyer, und die Ausscheidungstheorie läßt sich also in der That als die heutzutage herrschende bezeichnen." Vorbehaltlos tritt vor allem auch nach der Gegenschrift von Jhering von Vangerow der Ansicht Thöls bei, die er mit den Worten verteidigt:[3])

---

[1]) 1. Aufl. S. 240, 6. Aufl. S. 865.
[2]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 Nr. 5 S. 381 (1861).
[3]) Pandekten 7. Aufl. III S. 433 (1869).

„Daß zu dieser gehörigen Ausscheidung immer wirkliche Erfüllung von seiten des Käufers erforderlich sei, ... kann m. E. weder aus zwingenden inneren Gründen abgeleitet, noch durch die Gesetze begründet werden. Ebenso ist aber auch auf der anderen Seite eine bloß einseitige Ausscheidung ... keineswegs hinreichend ....“

In diesem letzteren Punkte wichen nämlich vor allem Heyer und Fick von Thöl ab, indem sie ausdrücklich betonten,[1]) die rein einseitig vom Verkäufer vorgenommene Ausscheidung einer species aus dem genus übertrage die Gefahr auf den Käufer. Diese beiden Juristen stellen damit für den Gefahrübergang die geringsten Erfordernisse auf; einfache Ausscheidung soll genügen, während nach der Thölschen Lehre auf jeden Fall der Käufer Kenntnis von der geschehenen Ausscheidung haben muß.

Eine Mittelstellung nimmt bei Versendungsschulden Regelsberger[2]) ein, indem er hier die Gefahr übergehen läßt nicht mit der einseitigen Ausscheidung und nicht mit der Kenntnis des Käufers hiervon, sondern mit der Absendung einer Nachricht an den Käufer, es sei ausgeschieden; ob diese Nachricht beim Käufer anlangt oder nicht, ist für den Übergang der Gefahr gleichgültig. Unterbleibt aber eine solche Nachricht überhaupt, geht die Gefahr über durch Übergabe der ausgeschiedenen Sache an die zur Überlieferung bestimmte Person. Im übrigen stimmt Regelsberger mit der im folgenden zu entwickelnden Lehre Jherings überein.

Ausgehend von einem praktischen Fall sucht Rudolf von Jhering in der oft angeführten Abhandlung die juristische Unhaltbarkeit und praktische Unbrauchbarkeit der Lehre Thöls nachzuweisen. Auch er stützt sich auf die Quellen und macht den Versuch, an ihrer Hand die Unrichtigkeit der Auffassung Thöls nachzuweisen. Nicht sei das tradere dem admetiri gleichzustellen in dem Sinne, daß es Zumessen, Ausscheidung bedeute,

---

[1]) Heyer in Lindes Zeitschrift f. Civilrecht u. Prozeß, Bd. 15 S. 23 (1858); Fick in Archiv f. deutsches Wechsel- und Handelsrecht Bd. 8 S. 86 (1859).

[2]) Arch. f. civ. Pr. Bd. 49, VIII (1866).

sondern umgekehrt, das tradere sei das Entscheidende; das admetiri der beiden Digestenstellen sei hier mit tradere als dem bekannteren Begriff wiedergegeben, bedeute also „übergeben, liefern". Von dieser Auslegung der Quellen ausgehend baut er seine Lehre auf, die er mit dem Namen „Lieferungstheorie" bezeichnete. Nicht mit der Ausscheidung, ob einseitigen oder zweiseitigen, soll die Gefahr auf den Käufer übergehen, sondern mit der Lieferung. Gegenstand der Obligation sei ein genus, der Solution die species;[1]) erst wenn erfüllt sei, werde die species aus der Gattung endgültig bestimmt. Erst mit der wirklich beschafften oder durch die mora des Gläubigers verhinderten Lieferung trete das generisch bestimmte Objekt aus der Form der generischen Bestimmtheit heraus, sei die species offenkundig und erst dann könne von einem Übergang der Gefahr geredet werden. Weder ist Ausscheidung dazu schlechthin erforderlich, noch genügt sie zur Gefahrübertragung. Liegt eine Versendungs-, oder wie Jhering sagt, eine Schickschuld vor, wird die Lieferung beschafft mit der vollendeten Absendung. Damit habe der Schuldner getan, wozu er kontraktlich verpflichtet sei, die Gefahr gehe also auf den Gläubiger über.

Ein Jahr, nachdem Jhering diese seine Lehre aufgestellt hatte, trat Bekker[2]) seiner Theorie entgegen mit der Behauptung, auch ohne Erfüllung könne die Obligation auf eine species beschränkt sein, so daß diese species geleistet werden müsse. Wirkliche Lieferung sei, wenn auch die Regel, doch dazu nicht schlechthin erforderlich. Nach seiner Lehre tritt das Gattungsschuldverhältnis immer, wenn die zu leistende species individuell bestimmt ist, ob bei oder vor der Erfüllung, unter die Regeln für Speciesobligationen; daher regele sich dann auch der Gefahrübergang nach diesen Vorschriften. Bei Versendungsschulden dürfe eigentlich die Gefahr erst übergehen, wenn der

---

[1]) a. a. O. S. 384. Dagegen mit Recht: Rehbein, Kommentar zu § 243 S. 27 (1903): „Bei der Gattungsobligation kann nicht die Gattung . . . als der Gegenstand des Schuldverhältnisses angesehen werden, sondern nur die bestimmbare Einzelsache, . . . die schließlich zu leisten." Ferner: Eck in Holtzendorffs Rechtslexicon II S. 8 (1881).

[2]) In Jahrbuch d. gem. Rechts Bd. 5 Nr. 17 (1862).

Käufer die Sache angenommen hat. Aber praktische Bedenken führten dahin, bereits mit der Absendung die Gefahr übergehen zu lassen auf Grund eines dahingehenden, stillschweigend anzunehmenden Parteiwillens (a. a. O. S. 388). Mit dieser Lehre, die Gareis[1]) „Individualisierungstheorie im engeren Sinne“ — gegenüber der Ausscheidungstheorie, welche Jhering Individualisierungstheorie nannte — nennt, blieb Bekker vereinzelt. Dagegen traten allmählich sehr viele Juristen, die zu dieser Frage Stellung nahmen, der Auffassung Jherings bei,[2]) so daß diese wohl als die herrschende bezeichnet werden kann. Von den Neueren verteidigen noch die Ausscheidungstheorie vor allem Förster-Eccius[3]) und Enneccerus.[4])

Folgende Zusammenstellung gibt eine Übersicht über die Verschiedenheiten der einzelnen Lehren, die am meisten Beachtung gefunden haben.

Die Gefahr geht über:

I. mit einseitiger Ausscheidung
nach Heyer und Fick;

II. mit „zweiseitiger“ Ausscheidung
nach: Thöl, von Vangerow, Puchta, Eccius und Enneccerus;

III. mit der „Lieferung“
nach: Jhering, Stintzing, Kohler, Puntschart, Windscheid und Dernburg,
bezügl. der Versendungsschulden mit der vollendeten Absendung;

IV. mit der „Individualisierung“
nach: Bekker,
bezügl. der Versendungsschulden mit der vollendeten Absendung;

[1]) In Endemanns Handbuch d. Handelsrechts Bd. 2 § 270 (1882).

[2]) z. B. Goose in Jahrb. f. Dogm. Bd. 9 Nr. 2 S. 212 (1868); Stintzing, Jahrb. f. Dogm. Bd. 10 Nr. 3 S. 204 (1871); Kohler, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 17 S. 395 (1879); Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse des Röm. Pr.-Rechts S. 287—289 (1885); Windscheid-Kipp Pand. II § 390 S. 618 und Dernburg, Pand. II § 25 S. 72 (1900).

[3]) Preußisches Privatrecht II S. 93 (1896).

[4]) Bürgerl. Recht I § 241 Anm. 7 (1901).

V. mit der „Übergabe“
nach: Regelsberger,
bezügl. der Versendungsschulden mit der Absendung einer Nachricht von der Ausscheidung an den Gläubiger.

Nach dieser Zusammenstellung ergibt sich in der Lehre vom Gefahrübergang beim Gattungskauf für das gemeine Recht eine große Verschiedenheit der Auffassungen. Welche von ihnen ist nun nach den Quellen als „die“ Lehre des gemeinen Rechts anzusehen? Welche kommt dem praktischen Bedürfnis unserer Zeit am meisten entgegen?

Wie aus den Quellen mit unbedingter Sicherheit hervorgeht, lassen die Römer beim Kauf einer species die Gefahr übergehen, wenn der Kauf „perfekt“ ist, d. h. „si id quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit“.[1])

Also sobald sich die Parteien über den Schuldgegenstand einig sind, über Qualität und Quantität, soll die Gefahr übergehen. War aber eine nur der Gattung nach bestimmte Sache verkauft worden, so wußten die Parteien zwar wohl, was verkauft worden, von welcher Güte und Menge; aber das, was aus der betreffenden Gattung zu leisten war, war noch nicht individuell bestimmt. Damit die Gefahr übergehen könne, mußte ein weiteres hinzukommen. Deshalb wurde ausdrücklich bestimmt, in einem solchen Falle müßte erst „zugemessen“ werden: erst dann ist das zu leistende Objekt bestimmt und erst dann kann man überhaupt von einem Übergang der Gefahr an dem Kaufgegenstande sprechen. Nun geschah dieses „admetiri“ in der Regel in Gegenwart des Käufers, so daß ihm auch zugleich übergeben, „tradiert“ wurde.[2]) Es ist aus diesem Grunde nicht besonders verwunderlich, wenn derselbe Jurist, der zuerst das admetiri als den entscheidenden Zeitpunkt bezeichnete, hinterher sich des Ausdrucks tradi bedient. Für den Fall des Versendens haben wir in den Quellen kein Beispiel, da wohl die Römer diese Art der Erfüllung des Kaufvertrages nicht

---

[1]) L. 8 Pr. D. de periculo et commodo 18, 6.

[2]) Regelsberger, Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 13 S. 109ff.

kannten.[1]) Wir müssen daher von der Hol- oder Bringschuld unsern Ausgang nehmen. Da haben wir den Augenblick des Überganges der Gefahr nach römischem Recht, das hierin für das gemeine Recht maßgebend ist, gefunden: Sobald zugemessen ist, „periculum emptoris est". Warum sollte auch hier auf einmal die Tradition entscheidend sein, wo doch für den Kauf einer species bestimmt ist, die Gefahr geht mit der „Perfektion" über. „Periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit."[2]) Mit klaren Worten ist also gesagt, die Gefahr geht — beim gewöhnlichen Kauf — über, ohne daß die Sache dem Käufer tradiert ist. Nun ist mit dem „Zumessen", durch welches die Ausscheidung vor sich geht, der Kaufgegenstand genau so bestimmt, wie wenn beim gewöhnlichen Kauf das Kaufgeschäft „perfekt" ist. Und doch soll hier beim Gattungskauf, der allgemeinen Rechtsauffassung der Römer direkt widersprechend, die Gefahr beim Verkäufer bleiben, bis tradiert ist? Ein solcher Gegensatz in der Gefahrnormierung wäre durch keine inneren Gründe gerechtfertigt. Also das Zumessen ist das Entscheidende; mit dem Zumessen ist gleichzeitig ausgeschieden. Nun bezeichnet das „ad"-metiri, das „Zu"-messen eine Tätigkeit dem Käufer gegenüber. Ganz ohne sein Zutun, ohne sein Wissen kann nicht „zu"gemessen, also nicht gehörig ausgeschieden werden. Der Käufer muß entweder beim Ausscheiden zugegen sein oder irgendwie davon Kenntnis haben. Die rein einseitig vorgenommene Ausscheidung kann die Gefahr nicht übertragen, die Lehre Heyers und Ficks nicht die richtige sein. Für die Individualisierung des Schuldgegenstandes ist nicht die „Übergabe" Regelsbergers oder sonst irgend eine Bestimmung maßgebend, sondern nur gehörige Ausscheidung. So ist festgestellt, daß nach den Quellen die Auffassung Thöls als die allein richtige anzusehen ist.

Vollkommen anders steht es mit der praktischen Brauchbarkeit der Lehre Thöls. Am schlagendsten hat Jhering in

---

[1]) s. Anm. der vorigen Seite.

[2]) § 3 J. de emptione et venditione 3, 23.

seiner Schrift gegen die Ausscheidungstheorie nachgewiesen, daß sie in sehr vielen Fällen praktisch durchaus unbrauchbar ist und oft zu Konsequenzen führt, die der Absicht der Parteien und dem praktischen Bedürfnis geradezu widersprechen. Wohl aus diesem Grunde fand die Lehre Jherings immer größeren Anhang, und die neueren Gesetzgebungen legen die Lieferungstheorie zugrunde, da sie dem heutigen Verkehrsbedürfnis am meisten entspricht. So regelte bereits das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch den Versendungskauf dahin, daß mit der Übergabe an die mit dem Transport beauftragte Person oder Anstalt die Gefahr auf den Käufer übergehe (Art. 345).

## § 12.

### b. Heutiges bürgerliches Recht.

Für das heutige bürgerliche Recht ist der Übergang der Gefahr geregelt in den §§ 446, 447 des B.G.B., und zwar für den Kauf schlechthin, ohne Unterschied zwischen dem Kauf einer nur generell und dem Kauf einer speziell bestimmten Sache. Diese Bestimmungen werden demnach bei Gattungssachen Anwendung finden müssen. „Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über.“ [1]) Solange also der Verkäufer seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage noch nicht nachgekommen ist, insbesondere solange er die verkaufte Sache dem Käufer noch nicht übergeben, noch nicht geliefert hat, trägt er die Gefahr. Erst wenn er das zur Leistung, zur Erfüllung des Schuldverhältnisses seinerseits Erforderliche getan hat, hört seine Haftung für zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung des Leistungsgegenstandes auf. Bei Hol- und Bringschulden hat er seiner Verpflichtung genügt, wenn er die gekaufte Sache aus der Gattung ausgeschieden und dem Käufer übergeben hat. Von diesem Augenblicke an trägt der Käufer die Gefahr. Bei Versendungsschulden geht die Gefahr über, „sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem

[1]) § 446 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.

Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat“ (§ 447 Abs. 1 B.G.B.). Hierbei ist gleichgültig, ob der Verkäufer die Ausscheidung der zur Versendung zu gelangenden Sache einseitig oder im Sinne Thöls oder Regelsbergers zweiseitig vornimmt. Die Tatsache, daß eine Sache der fraglichen Gattung zur Versendung übergeben ist, läßt die Gefahr auf den Käufer übergehen; der Verkäufer hat ja getan, was er tun konnte und tun mußte, damit die Sache dorthin gelangt, wohin sie nach der Abrede zwischen dem Käufer und ihm gelangen sollte.

Wir sehen also, dsß das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Normierung des Gefahrüberganges beim Gattungskauf die Lieferungstheorie Jherings zugrunde gelegt hat.

§ 13.

## 2. Schenkungsversprechen einer nur der Gattung nach bestimmten Sache.

Gegenstand einer Schenkung kann nach der Natur dieses Rechtsgeschäfts nur ein bestimmter Gegenstand sein, niemals eine nur generell bestimmte Sache. Sehr wohl aber ist eine nur der Gattung nach bestimmte Sache als Gegenstand eines Schenkungsversprechens denkbar, z. B. ich verspreche, ein Reitpferd zu schenken. In einem solchen Falle regelt sich der Gefahrübergang nach allgemeinen Grundsätzen. Legt man für das gemeine Recht die Lehre Thöls zugrunde, geht die Gefahr auf den Beschenkten über, sobald der Schenker eine Sache ausgeschieden und der Beschenkte hiervon genügende Kenntnis erlangt hat. Folgt man der Lehre Jherings, trifft ein zufälliger Untergang der geschenkten Sache den Beschenkten erst, nachdem ihm die Sache geliefert, bezw. an ihn abgesandt ist. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch wird der Schenker von seiner Leistungspflicht befreit trotz Unterganges des Schenkungsgegenstandes, wenn er das zur Leistung einer Sache seinerseits Erforderliche getan hat; er muß also eine aus der Gattung ausgeschiedene Sache entweder dem Beschenkten selbst oder einem

Spediteur etc. zur Versendung übergeben haben. Damit geht die Gefahr über.

Der Übergang der Gefahr im Falle des Annahmeverzuges des Gläubigers regelt sich für dieses wie alle folgenden Schuldverhältnisse nach den oben S. 20ff. entwickelten Grundsätzen.

§ 14.

## 3. Rerum locatio-conductio irregularis.

Es entspricht dem Wesen der Miete und der Pacht, daß nach Beendigung des Miet- bezw. des Pachtverhältnisses die gemietete oder gepachtete Sache zurückgewährt wird. Die Leistung des Mieters an den Vermieter, des Pächters an den Verpächter geht also in der Regel auf eine species. Daneben aber kannte man im gemeinen und deutschen Recht eine Sachmiete, bei der Sachen unter Festsetzung eines bestimmten Preises übernommen werden; nach Beendigung des Mietverhältnisses mußten dann Sachen gleicher Art, Güte und Menge nach dem Schätzungspreise zurückgewährt werden. Es lag also ein Gattungsschuldverhältnis vor. Am meisten kam dies zur Anwendung bei der Pacht eines Landgutes, wobei das vorhandene Inventar zum Schätzungspreise übernommen wurde, und beim Viehverstellungsvertrag oder Eisernviehkontrakt (Socidae contractus).[1]) Nach gemeinem Recht ging an den so gemieteten Sachen und im speziellen Fall am Inventar und an der Viehherde Eigentum auf den Mieter über. Infolgedessen regelt sich hier der Übergang der Gefahr wie beim Kauf. Nach deutschem Recht und ihm folgend nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, das freilich auf diesem Gebiete nur den Fall betr. Verpachtung des Inventars zum Schätzungswerte regelt, geht nicht das Eigentum, sondern nur die Gefahr auf den Pächter

[1]) vgl. hierzu und für das Folgende: L. 54 § 2 D. locatio-cond. 19, 2; Arndts, Pand. § 312 S. 548 Anm. 2 (1886); Windscheid-Kipp, Pand. II 8. Aufl. § 400 S. 689 Anm. 22 (1900); Stobbe-Lehmann, Deutsches Priv.-Recht 3 Aufl. Bd. 3 S. 343ff. (1898); Beseler, Deutsches Priv.-Recht II S. 887 (1885).

über. Nun ist streitig, ob bei der Beendigung des Pachtverhältnisses die Gefahr auf den Verpächter zurückgeht in dem Augenblick, in welchem die Pachtzeit abläuft, oder erst, wenn der Pächter das Inventar zurückgewährt. Während Planck[1]) und Ebert[2]) der Ansicht sind, der Pächter trage die Gefahr nur bis zur Beendigung der Pachtzeit, läßt Oertmann[3]) die Gefahr übergehen, sobald der Pächter das Inventar zurückgewährt. Planck und Ebert berufen sich auf den Wortlaut des § 588 Abs. 1 S. 1: „Der Pächter trägt die Gefahr . . . .“; nach der Beendigung sei er nicht mehr Pächter. Das ist Wortinterpretation. Der Sinn dieses Paragraphen geht entsprechend § 243 Abs. 2 dahin, sobald der Pächter das zur Rückgewähr seinerseits Erforderliche getan hat, geht die Gefahr über. Das Erforderliche besteht aber nach § 589 darin, daß er bei der Beendigung der Pacht das Inventar zurückgewährt. Es ist also der Ansicht Oertmanns beizutreten.[4])

§ 15.

## 4. Werklieferungsvertrag.

### Anhang: Operis locatio- conductio irregularis.

Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer verpflichtet, aus vom Besteller zu lieferndem Stoffe das versprochene Werk herzustellen. Dadurch nun, daß der Stoff, aus dem das Werk hergestellt werden soll, ganz genau bestimmt ist, ist auch das zu leistende Werk selbst speziell bestimmt. Das aus dem gelieferten Stoffe herzustellende Werk soll dem Besteller übergeben werden, kein anderes. Von einer Gattungsschuld kann demnach hier nicht die Rede sein. Anders verhält es sich, wenn der Unternehmer den Stoff zu dem noch anzufertigenden Werk selbst liefern soll. Hier ist der Stoff, aus dem das Werk entstehen

---

[1]) Kommentar zu § 588 Anm. 1.

[2]) In Fischer-Henle, B.G.B. 5. Aufl. zu § 588 Anm. 1.

[3]) Kommentar zu § 588 Anm. 1.

[4]) Ebenso Berndorff, Die Gattungsschuld S. 128 (1900); ferner Cuno, Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden S. 63 (1902).

soll, noch nicht individuell bestimmt. Aus derselben Menge „Stoff“ können viele Sachen der bestellten Art hergestellt und geliefert werden. Kurz, das in Arbeit gegebene Werk ist nur der Gattung nach bestimmt; es liegt eine Gattungsschuld vor, ein „Werklieferungsvertrag“ (§ 651 B.G.B.).

Bei einem solchen Werklieferungsvertrag fanden nach römischem und unter seinem Einfluß im gemeinen Recht die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung.[1]) Demnach regelt sich auch der Übergang der Gefahr wie beim Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache und ist hier somit nicht näher zu erläutern.

Prinzipiell nimmt das Bürgerliche Gesetzbuch denselben Standpunkt ein. Im § 651 ist nämlich gesagt, die Vorschriften über den Kauf fänden entsprechende Anwendung. Handelt es sich jedoch um nicht vertretbare Sachen, so sollen zwar prinzipiell ebenfalls die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden, aber gerade in den wichtigsten Punkten, so insbesondere für den Gefahrübergang ist eine Ausnahme dahin getroffen, daß hier die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung finden. Demgemäß ist hier die Frage zu erörtern, wann nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches beim Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare — nur der Gattung nach bestimmte — Sache die Gefahr vom Unternehmer auf den Besteller übergeht.

„Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes“ und „Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen, so tritt . . . an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes“ (§§ 644 Abs. 1, Satz 1; 646). Das sind die Bestimmungen, die hier Platz greifen. Mit der „Abnahme“ soll die Gefahr übergehen. Darunter ist die Prüfung des Werkes und das Hinnehmen als Erfüllung zu verstehen. Dernburg[2]) will nur die körperliche Hingabe darunter verstanden wissen; nach ihm ist deshalb auch die Abnahme ausgeschlossen, wenn sich der Besteller bereits im Besitze befindet.

---

[1]) L. 2 § 1 D. locati conducti 19, 2; Dernburg, Pand. II § 113 S. 313 (1900); Windscheid-Kipp, Pand. II § 401 S. 706/707 (1900).

[2]) Bürgerl. Recht II § 318 II, 1 (1901).

Er kann dann nicht mehr „abnehmen". Enneccerus[1]) dagegen meint, und m. E. mit Recht, die Abnahme bestehe, auch wenn sich der Besteller bereits im Besitze befinde, darin, daß der Besteller das Werk prüft und als Erfüllung des Vertrages annimmt. Erst damit geht die Gefahr über. Gegen die Ansicht Dernburgs spricht einmal der Umstand, daß man im Verkehr allgemein unter „Abnahme" auch die Billigung des Werkes versteht, dann auch der Wortlaut des § 646; „denn es wäre wunderlich zu sagen: wenn der Besteller sich im Besitze befinde, sei die Abnahme wegen der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen".[2]) Mit der Vollendung des Werkes geht bereits die Gefahr über, wenn nach dessen Beschaffenheit die Abnahme ausgeschlossen ist, z. B. wenn der Unternehmer aus von ihm gelieferten Stoff einen Blitzableiter auf einem Hause angelegt hat. Vom Besteller kann man billigerweise die Prüfung und die „Abnahme" nicht verlangen. Deshalb ist für solche Fälle bestimmt, daß mit der Vollendung des bestellten Werkes die Gefahr auf den Besteller übergeht.

Als Ausnahmen vom regelmäßigen Gefahrübergang sind zwei Bestimmungen getroffen, die sich auch schon im allgemeinen Teil fanden. Sie betreffen den Annahmeverzug und die Versendungsschuld. In beiden Fällen finden die oben entwickelten Grundsätze Anwendung. Nur für den Annahmeverzug ist zu bemerken, daß der Besteller, also der Gläubiger, im Falle des § 296 B.G.B. auch ohne Angebot in Verzug kommen kann und hier dann die Gefahr auf ihn übergeht. Denn § 644 Abs. 1 Satz 2 sagt ausdrücklich, daß bei jedem Verzug des Bestellers die Gefahr auf ihn übergeht; daß ein Angebot erfolgt sein muß wie im § 300 Abs. 2, ist nicht gesagt.

Eine ganz besondere Vorschrift gibt § 645. Ist hiernach vor der Ahnahme das Werk untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden durch einen Umstand, den allein der Besteller zu vertreten hat, oder durch Zufall, so soll der Unternehmer doch nicht ganz leer ausgehen, sondern einen der ge-

---

[1]) Bürgerl. Recht I § 287 I, 1 (1901).
[2]) Enneccerus a. a. O. § 287 Anm. 2.

leisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz seiner übrigen Kosten verlangen dürfen. Diese Vorschrift entspricht vollkommen der Billigkeit.

### Anhang.

Bei einem Werkvertrag kann unter den Parteien ausgemacht werden, daß der Unternehmer statt des gelieferten anderen Stoff zur Herstellung des bestellten Werkes verwenden dürfe. In einem solchen Falle spricht man von einer operis locatio-conductio irregularis. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diesen Vertrag nicht aufgenommen. Der Unterschied zwischen ihm und dem Werklieferungsvertrage besteht darin, daß hier der Unternehmer verpflichtet ist, den Stoff zu dem Werke selbst zu liefern, während er dort statt des gelieferten anderen Stoff verwenden kann.

Nach gemeinem Recht — das Bürgerliche Gesetzbuch hat, wie gesagt, diesen Vertrag nicht geregelt — ging nach der herrschenden Lehre[1]) bei der operis locatio-conductio irregularis an dem gelieferten Stoffe Eigentum auf den Unternehmer über. Er verfügte darüber nach Belieben. In iedem Falle also lieferte der Unternehmer den Stoff selbst, mochte er nun zufällig den ihm vom Besteller wirklich gelieferten Stoff benutzen oder nicht. Demnach finden in beiden Fällen wie beim Werklieferungsvertrag für den Gefahrübergang die Vorschriften über den Kauf Anwendung.

§ 16.

## 5. Vermächtnis einer nur der Gattung nach bestimmten Sache.

Gleichwie der Erblasser jemandem als Vermächtnis eine individuell bestimmte Sache hinterlassen kann, so können auch Gattungssachen Gegenstand eines Vermächtnisses sein. z. B. der

[1]) Bestritten von Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse S. 466ff. (1885); wie oben Sell, Archiv f. civ. Praxis Bd. 19 S. 318ff. (1836); Keller, Pand. § 342 (1861); Puchta, Pand. § 365 (1863); Windscheid-Kipp, Pand. II § 401 S. 705ff. (1900).

Erblasser vermacht seinem Neffen ein Bild aus seiner großen Gemäldesammlung. Die Bilder, die zu dieser Sammlung gehören, bilden die Gattung, aus der eines dem Vermächtnisnehmer geleistet werden muß. In einem solchen Falle liegt ein legatum generis, ein Gattungsvermächtnis vor. Da besondere Bestimmungen fehlen, kommen hier den Übergang der Gefahr betreffend die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung. Eine Besonderheit ist im § 2155 insofern enthalten, als zunächst nicht Sachen mittlerer Art und Güte zu leisten sind, sondern Sachen, die den Verhältnissen des Bedachten entsprechen. Erst in zweiter Linie kommt die Bestimmung des § 243 Abs. 1 zur Anwendung. Für das Gattungsvermächtnis ergibt sich also als Resultat:

Die Gefahr geht auf den Bedachten über, sobald eine Sache ausgeschieden ist und der Bedachte hiervon genügende Kenntnis erlangt hat — nach der Lehre Thöls —, sobald — nach Jhering — eine ausgeschiedene Sache geliefert ist, sobald nach heutigem Recht von dem mit dem Vermächtnisse Beschwerten das seinerseits zur Leistung an den Bedachten Erforderliche getan ist.

§ 17.

## 6. Die übrigen Gattungsschuldverhältnisse.

Die Reihe der Gattungsschuldverhältnisse, die bisher ihrer Wichtigkeit wegen besonders besprochen wurden, ist nicht erschöpfend. Es sind noch mancherlei Schuldverhältnisse denkbar, bei denen der Schuldgegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist. Mangels besonderer Bestimmungen finden dann immer, soweit der Übergang der Gefahr vom Schuldner auf den Gläubiger in Betracht kommt, die allgemeinen Bestimmungen sinngemäße Anwendung.

Einige der im Verkehr häufiger vorkommenden Gattungsschuldverhältnisse mögen noch kurze Erwähnung finden. Es sind dies das Darlehen mit dem Darlehensversprechen, der uneigentliche Verwahrungsvertrag und der uneigentliche Nießbrauch.

1. Während bei der Leihe stets die geliehene Sache, also eine species, zurückzuerstatten ist, besteht das Wesen des Dar-

lehens[1]) darin, daß nicht das Empfangene, die species, zurückgegeben werden muß, sondern Sachen von gleicher Art, Güte und Menge. Es liegt also, vom gewöhnlichen Gelddarlehen abgesehen,[2]) eine Gattungsschuld vor. Beim Darlehensversprechen ist der Versprechende verpflichtet, dem Darlehensnehmer das Darlehen, also Sachen, die nur der Gattung nach bestimmt sind, zu verschaffen.

2. Beim regelmäßigen Verwahrungsvertrag ist entsprechend wie bei der Leihe stets die hinterlegte Sache, eine species, zurückzugeben. Von dieser Regel kannte bereits das gemeine Recht die Ausnahme, daß an Stelle der hinterlegten Sachen andere in gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten waren. Dies bezeichnete man als Depositum irregulare. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat diesen Vertrag aufgenommen.[3]) Auch dieser Vertrag stellt demnach eine Gattungsschuld vor.

3. Einen ähnlichen Vertrag kannte man im gemeinen Recht für den Nießbrauch.[4]) Waren verbrauchbare Sachen Gegenstand eines Nießbrauchs derart, daß nach Beendigung des Nießbrauches Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten waren, lag ein uneigentlicher Nießbrauch, eine Gattungsschuld vor. Ein ähnlicher Vertrag ist im § 1067 B.G.B. geregelt.

In allen diesen Fällen finden nun mangels besonderer Vorschriften für den Übergang der Gefahr die allgemeinen Vorschriften Anwendung.

---

[1]) vgl. Mühlenbruch, Pand. § 373 (1838 2. Teil); Arndts, Pand. § 280 (1886); Windscheid-Kipp, Pand. II § 370 (1900); Dernburg, Pand. II § 85 (1900).

[2]) Hier ist der Wert des Empfangenen zurückzugeben, nicht etwa Geldstücke von gleicher Art und Menge.

[3]) L. 24 D. loc. cond. 19,2; Puchta, Pand. § 321 (1863); Dernburg, Pand. II § 93; Windscheid, Pand. II § 379, § 700 B.G.B.

[4]) Mühlenbruch, Pand. II § 285 (1838); Dernburg, Pand. II § 249; Windscheid, Pand. I § 206, § 1067 B.G.B.

# Rückblick.

Wir haben gesehen, daß die Frage, wann nach der Lehre des gemeinen Rechts bei Gattungsschulden die Gefahr auf den Gläubiger übergehe, im gemeinen Recht weder von der Wissenschaft noch von der Rechtsprechung einheitlich beantwortet ist. Der Grund lag darin, daß sich das für diese Frage im gemeinen Recht maßgebende Gesetz, das Corpus juris civilis, nicht unzweideutig ausdrückte, indem es für denselben Zeitpunkt verschiedene Ausdrücke gebraucht. Die nach der Beurteilung der Quellen als richtig anzusehende Lehre Thöls, die Ausscheidungstheorie, wurde im Laufe der Zeit, besonders unter dem Einflusse der Lieferungstheorie Jherings, immer mehr zurückgedrängt, da sie den Ansprüchen des modernen Verkehrs nicht genügen konnte. Aus diesem Grunde ist das Bürgerliche Gesetzbuch mit Recht von ihr abgewichen und hat in der Hauptsache die Erfordernisse, die Jhering an den Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden geknüpft wissen will, zum Gesetz erhoben.

Spezialdruckerei für Dissertationen Robert Noske, Borna-Leipzig.